Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sozialversicherungsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

CHARLES LOUIS WICK
von Zuzwil (Kt. St. Gallen)

Juris Druck + Verlag Zürich
1976

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sozialversicherungsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

CHARLES LOUIS WICK
von Zuzwil (Kt. St. Gallen)

Juris Druck + Verlag Zürich
1976

Die Fakultät hat diese Arbeit am 26. Februar 1976 auf Antrag von Prof. Dr. A. Maurer als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Herrn Prof. Dr. Alfred Maurer danke ich auch an dieser Stelle für die zuvorkommende Betreuung dieser Arbeit.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 3 260 04069 2

I N H A L T S U E B E R S I C H T

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Abkürzungen

*

ERSTER TEIL
Das Sozialversicherungsrecht

ZWEITER TEIL
Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

DRITTER TEIL
Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sozialversicherungsrecht

1. Abschnitt: Der Grundsatz in der Gesetzgebung
2. Abschnitt: Der Grundsatz in der Rechtsprechung

*

Ergebnisse

Inhaltsverzeichnis

E R S T E R T E I L

DAS SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

§ 1 D i e S o z i a l p o l i t i k

I. Begriff 1

II. Träger 1

III. Standort 2

IV. Aufgaben 3

V. Umfang 3

VI. Abgrenzungen 3

§ 2 D a s S o z i a l r e c h t

I. Allgemeines 5

II. Begriff 5

III. Gliederung 6

IV. Stellung des Sozialrechts in der Gesamtrechtsordnung 8

V. Besonderheiten des Sozialrechts 8

§ 3 D i e S o z i a l e S i c h e r h e i t

I. Begriff 10

II. Die schweizerische Soziale Sicherheit 12

III. Die Prinzipien der Sozialen Sicherheit 14
1. Das Versicherungsprinzip 14
a) Das Wesen der Versicherung 14
b) Der Versicherungsbegriff 15
c) Die typischen Elemente der Versicherung 15
2. Das Fürsorgeprinzip 17
3. Das Versorgungsprinzip 17

§ 4 Insbesondere die Einrichtungen der Sozialversicherung

I. Allgemeines 18

II. Die Zweige der Sozialversicherung 18

A. Zur Sozialversicherung gehören 18
1. Die soziale Krankenversicherung 18
2. Die obligatorische Unfallversicherung 19
3. Die Alters- und Hinterlassenenversicherung 20
4. Die Invalidenversicherung 20
5. Die Arbeitslosenversicherung 21

B. Zur Sozialversicherung gehören nicht 21
1. Die Militärversicherung 21
2. Die Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Kleinbauern 22
3. Die Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige 23
4. Die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV 23

§ 5 Das Sozialversicherungsrecht

I. Die Sozialversicherung als öffentlich-rechtliche Versicherung 24

II. Sozialversicherung und Privatversicherung 25

1. Allgemeines 25

2. Unterscheidungsmerkmale 25
a) Die Entstehung des Versicherungsverhältnisses 25
b) Der Inhalt des Versicherungsverhältnisses 26
c) Die Durchsetzung der Rechte und Pflichten 27

III. Sozialversicherungsrecht als Verwaltungsrecht 27

ZWEITER TEIL

DER GRUNDSATZ DER VERHAELTNISMAESSIGKEIT

§ 6 Allgemeine Rechtsgrundsätze

I. Begriff 2

II. Funktion 3

III. Arten 3

IV. Anwendung 3

§ 7 Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

I. Begriff 3

II. Abgrenzungen 3

1. Zur Rechtsgleichheit 3

2. Zur Willkür 3

III. Die Entwicklung des Grundsatzes 3

IV. Das vom Grundsatz geschützte Recht 4

D R I T T E R T E I L

DER GRUNDSATZ DER VERHAELTNISMAESSIGKEIT IM SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

1. Abschnitt

DER GRUNDSATZ IN DER GESETZGEBUNG

§ 8 Die Möglichkeiten des Gesetzgebers

I. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber 43

II. Die Enumeration 44

III. Die Generalklausel 44

§ 9 Der Grundsatz in der sozialen Krankenversicherung

I. Allgemeines 46

1. Grundzüge des Gesetzes 46

2. Die anerkannten Krankenkassen 47

3. Die Gegenseitigkeit 47

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber 48

1. Der Ausschluss aus der Kasse 48

2. Der Leistungsentzug 49

3. Die Leistungskürzung 50

4. Uebrige belastende Eingriffe 50

a) Selbstbehalt, Franchise und Krankenscheingebühr 50

b) Die freie Arztwahl 51

c) Die Rechtspflege 51

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz 52

§ 10 Der Grundsatz in der obligatorischen Unfallversicherung

I. Allgemeines 62

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber 54

1. Der Ausschluss aus der Versicherung 54
a) Kein Ausschluss der Versicherten 54
b) Ausschluss bestimmter Risiken 54

2. Der Leistungsentzug 54
a) Leistungsentzug wegen versäumter Anzeigepflicht 54
b) Leistungsentzug wegen absichtlicher Herbeiführung des Unfalls 55

3. Die Leistungskürzung 56

4. Andere Sanktionen 56

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz 56

1. Die Sanktion verletzter Meldepflicht 56

2. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des Unfalls 57

3. Die Sanktion nicht befolgter Weisungen 58
a) Weisungen an den Versicherten 58
b) Weisungen an den Betriebsinhaber 59

4. Die Strafbestimmungen 59

§ 11 Der Grundsatz in der Alters- und Hinterlassenenversicherung

I. Allgemeines 60

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber 61

1. Die Sanktion verspäteter Anmeldung 61
2. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses 61
3. Die Sicherung des Leistungszwecks 62

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz 62

1. Die Sanktion unterlassener Beitragszahlung und Abrechnung 62

2. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses 63
a) Die Hinterlassenenrenten 63
b) Die Hilflosenentschädigung 63

3. Die Strafbestimmungen 64

§ 12 Der Grundsatz in der Invalidenversicherung

I. Allgemeines 65

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber 66

1. Der Ausschluss von der Versicherung 66
a) Kein Ausschluss der Versicherten 66
b) Der Ausschluss einzelner Risiken 66

2. Die Sanktion verspäteter Anmeldung 66

3. Die zumutbare Eingliederungsmassnahme 67

4. Die Sicherung des Leistungszwecks 68

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz 69

1. Die Zumutbarkeit der Eingliederungsmassnahmen 69
2. Die Sanktion unzweckmässigen Verhaltens 70
3. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses 70
4. Die Strafbestimmungen 71

§ 13 Der Grundsatz in der Arbeitslosenversicherung

I. Allgemeines 72

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber 73

1. Der Ausschluss von der Versicherung 73
2. Der Leistungsentzug wegen schuldhaften Verhaltens 74
3. Die Sanktion verspäteter Anspruchstellung 75
4. Die Sicherung des Leistungszwecks 75

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz 76

1. Die Sanktion verletzter Kassenvorschriften 76

2. Der Leistungsentzug wegen schuldhaften Verhaltens 76
3. Die zumutbare Arbeit 77
4. Der Ausschluss wegen schuldhaften Verhaltens 78
5. Die Strafbestimmungen 79

2. Abschnitt
DER GRUNDSATZ IN DER RECHTSPRECHUNG

Vorbemerkung 80

§ 14 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

I. Allgemeines 81

II. Die Formeln des Bundesgerichts 81

§ 15 Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

I. Allgemeines 87

1. Die Zuständigkeit 87
2. Die Kognitionsbefugnis 88

II. Die Anwendung des Grundsatzes 89

1. Die Rechtsprechung vor 1968 89
2. Das Urteil EVGE 1968 S. 160 90
3. Die Rechtsprechung seit 1968 93
4. Die Androhung der Sanktion 94

III. Kasuistik 96

1. Der Ausschluss von der Versicherung 96
2. Der Entzug der Versicherungsleistungen 97
3. Die Kürzung der Leistungen 100

§ 16 Ergebnisse 103

LITERATURVERZEICHNIS

Albrecht Gerhard, Gesellschaftspolitik, Sozialpolitik, Wohlfahrtspolitik; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber, Kiepenheuer u. Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Albrecht Gerhard)

Benz Christian, Die Kodifikation der Sozialrechte; Schulthess Polygraphischer Verlag, Diss. Zürich 1973
(Zit. Benz Christian)

Berenstein Alexandre, Assurances sociales, droit du travail et droit international du travail; SZS 1973 S. 21 ff
(Zit. Berenstein Alexandre, SZS 1973)

Beveridge Sir William, Der Beveridgeplan. Sozialversicherung und verwandte Leistungen; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber, Kiepenheuer und Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Beveridge Sir William)

Binswanger Peter, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; Zürich 1950
(Zit. Binswanger Peter, Kommentar)

Binswanger Peter, Staatliche Versicherung und private Versicherung; Stimmen zur Staats- und Wirtschaftspolitik Nr. 48, Gesellschaft zur Förderung der schweizerischen Wirtschaft, Zürich 1970
(Zit. Binswanger Peter, Versicherung)

Bosshardt Oskar, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Enteignungsrecht; ZBl 65 (1964) S. 393 ff
(Zit. Bosshardt Oskar)

Bridel Marcel, L'autorité des décisions des caisses privées dans l'assurance contre la maladie; in: Gedenkschrift für Max Imboden; Helbing & Lichtenhahn, Basel 1972
(Zit. Bridel Marcel)

Ducommun Jean-Daniel, Le cinquantenaire du Tribunal Fédéral des Assurances; SZS 1967 S. 241 ff
(Zit. Ducommun Jean-Daniel, SZS 1967)

Ducommun Jean-Daniel, Le Tribunal Fédéral des Assurances et la loi d'organisation judiciaire: bilan de cinq années d'expérience; SZS 1975 S. 1 ff
(Zit. Ducommun Jean-Daniel, SZS 1975)

Eggenschwiler Ernst, Die Ermessenskontrolle im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht; in: ZSR NF 81 (1962) Band 1 S. 449 ff
(Zit. Eggenschwiler Ernst, Ermessenskontrolle)

Eichler Wolfgang, Sozialpolitik und Wirtschaftspolitik; in: Festschrift für Kurt Jantz, hrsg. von Horst Peters, Kohlhammer Verlag Stuttgart 1968
(Zit. Eichler Wolfgang)

Esser Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts; Mohr Tübingen, 1956
(Zit. Esser Josef)

Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil; C.H. Beck, München/Berlin, 10. Aufl. 1973
(Zit. Forsthoff Ernst, Lehrbuch)

Forsthoff Ernst (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit; Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968
(Zit. Forsthoff Ernst, Rechtsstaatlichkeit)

Germann Oscar Adolf, Probleme und Methoden der Rechtsfindung; Stämpfli & Cie AG Bern, 2. Aufl. 1967
(Zit. Germann Oscar A.)

Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts; Polygraphischer Verlag AG Zürich 1960
(Zit. Giacometti Zaccaria)

Grisel André, Droit Administratif Suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel 1970
(Zit. Grisel André, Droit Administratif)

Grisel André, Droit public non écrit; in: Gedenkschrift für Max Imboden; Helbing & Lichtenhahn, Basel 1972
(Zit. Grisel André, Droit public)

Grisel Etienne, Les droits sociaux; Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1973
(Zit. Grisel Etienne)

Gruner Erich, (Hrsg.), Die Schweiz seit 1945, Beiträge zur Zeitgeschichte; Francke Verlag, Bern 1971
(Zit. Gruner Erich)

Gygi Fritz, Verwaltungsrecht und Privatrecht; ASR NF Heft 317, Stämpfli & Cie AG, Bern 1956
(Zit. Gygi Fritz)

Gygi Fritz, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu verwaltungsrechtlichen Grundfragen; ZbJV 102 (1966) S. 121 ff
(Zit. Gygi Fritz, ZbJV 102)

Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund; Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 2. Aufl. 1974
(Zit. Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege)

Gysin Arnold, Das Sozialrecht der Schweiz; in: Rechtsfindung, Festschrift für O.A. Germann, hrsg. von Noll/Stratenwerth, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1969
(Zit. Gysin Arnold, Sozialrecht)

Gysin Arnold, Mannigfaltigkeit und Koordination in der schweizerischen Sozialversicherung; SZS 1958 S. 1 ff
(Zit. Gysin Arnold, SZS 1958)

Gysin Arnold, Soziale Ideen und rechtliche Strukturen in der Sozialversicherung; SZS 1964 S. 1 ff
(Zit. Gysin Arnold, SZS 1964)

Gysin Arnold, Charakteristika der schweizerischen Sozialversicherung; SZS 1966 S. 1 ff
(Zit. Gysin Arnold, SZS 1966)

Gysin Arnold, Das Verschulden in der Sozialversicherung: SZS 1969
(Zit. Gysin Arnold, SZS 1969)

Gysin Arnold, Die Durchsetzung von Leistungsansprüchen im Bereich der sozialen Sicherheit; SZS 1974 S. 1 ff
(Zit. Gysin Arnold, SZS 1974)

Heil Anton, Gedanken zum Verhältnis zwischen Sozialpolitik und Recht; SZS 1973 S. 176 ff
(Zit. Heil Anton, SZS 1973)

Hinderling Hans Georg, Rechtsnorm und Verstehen; ASR NF Heft 407; Stämpfli & Cie AG, Bern 1971
(Zit. Hinderling Hans G.)

Höffner Joseph, Was ist Sozialpolitik? in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber, Kiepenheuer u. Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Höffner Joseph)

Holzer Max, Kommentar zum BG über die Arbeitslosenversicherung; Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1954
(Zit. Holzer Max, Kommentar)

Holzer Max, Die Sozialpolitik; in: Die Schweiz seit 1945; hrsg. von Erich Gruner, Francke Verlag, Bern 1971
(Zit. Holzer Max, Sozialpolitik)

Holzer Max, Die Schweiz und die Europäische Sozialcharta; Schriftenreihe der Schweizerischen Vereinigung für Sozialpolitik, 1968 Heft 1
(Zit. Holzer Max, Sozialcharta)

Huber Hans, Der Standort des Sozialversicherungsrechts in unserer Rechtsordnung; SZS 1957 S. 4 ff
(Zit. Huber Hans, SZS 1957)

Huber Hans, Die rechtsstaatlichen Grundsätze im Sozialversicherungsrecht; SZS 1960, S. 1 ff
(Zit. Huber Hans, SZS 1960)

Hug Walther, Privatversicherung und Sozialversicherung; SZS 1963 S. 1 ff
(Zit. Hug Walther, SZS 1963)

Imboden Max, Grundsätze des administrativen Ermessens; in: Festschrift für Irene Blumenstein, S. 65 ff; Archiv für Schweizer. Abgaberecht 34, Bern 1966
(Zit. Imboden Max, Ermessen)

Imboden Max, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung; 3. Aufl. Band I und II, Basel und Stuttgart 1968/69
(Zit. Imboden Max)

Jahn Kurt, Allgemeine Sozialversicherungslehre; W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1965
(Zit. Jahn Kurz)

Koenig Willy, Schweizerisches Privatversicherungsrecht; Verlag Herbert Lang & Cie AG, 3. Aufl. 1967
(Zit. Koenig Willy, Privatversicherungsrecht)

Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht im Versicherungsverhältnis; in: Etudes offertes à Antigono Donati, vol. I: Droit des assurances; Roma, Ed. Rivista assicurazioni 1970
(Zit. Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht)

v. Krauss Rupprecht, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht; Kommissionsverlag Ludwig Appel, Hamburg 1955
(Zit. v. Krauss Rupprecht)

Külp Bernhard/Schreiber Wilfrid (Hrsg.), Soziale Sicherheit; Kiepenheuer und Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Külp Bernhard/Schreiber Wilfrid)

Lerche Peter, Uebermass und Verfassungsrecht; Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1961
(Zit. Lerche Peter)

Lüthi Wilfried, Vom Walten des Richters in der Sozialversicherung; MBVR 67 (1969) S. 337 ff
(Zit. Lüthi Wilfried, MBVR 67)

Mackenroth Gerhard, Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber; Kiepenheuer und Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Mackenroth Gerhard)

Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht; hrsg. von der "Zürich" Versicherungsgesellschaft, Zürich, Ausgabe 21.11.1974
(Zit. Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht)

Maurer Alfred, Grundriss des Bundessozialversicherungsrechts; hrsg. von der "Zürich" Versicherungsgesellschaft, Zürich 1974
(Zit. Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht)

Maurer Alfred, Recht und Praxis der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt; Stämpfli & Cie AG, Bern, 2. Aufl. 1963
(Zit. Maurer Alfred, Recht und Praxis)

Maurer Alfred, Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz; SZS 1972 S. 179 ff
(Zit. Maurer Alfred, SZS 1972)

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar zum ZGB, Einleitungsband Art. 1-10; Stämpfli & Cie AG, Bern 1962
(Zit. Meier-Hayoz Arthur)

Mugglin Carl, Sind Familienzulagen Sozialversicherungsleistungen? SZS 1959 S. 294 ff
(Zit. Mugglin Carl, SZS 1959)

Müller Jörg P., Soziale Grundrechte in der Verfassung? Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel 1973
(Zit. Müller Jörg P.)

Nahnsen Ingeborg, Der systematische Ort der Sozialpolitik in den Sozialwissenschaften; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber; Kiepenheuer u. Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Nahnsen Ingeborg)

Oberle Max, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs; Diss. Zürich 1952
(Zit. Oberle Max)

Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/2, 2.Aufl. Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1962
(Zit. Oftinger Karl)

Regli Flavius J.A., Soziale Sicherheit; Verlag Paul Haupt, Bern und Stuttgart 1969
(Zit. Regli Flavius J.A.)

Renggli Markus, Grundsätzliche Fragen des Verwaltungsrechts in der Rechtsprechung des eidgenössischen Versicherungsgerichts; SZS 1961 S. 1 ff
(Zit. Renggli Markus, SZS 1961)

Roelli Hans/Keller Max/Tännler Karl, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. I; Verlag K.J. Wyss Erben AG, Bern, 2. Aufl. 1968
(Zit. Roelli Hans/Keller Max)

Rohwer-Kahlmann Harry, Die Sozialversicherung als Teil des Sozialrechts; in: Festschrift für Kurt Jantz, hrsg. von Horst Peters; W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1968
(Zit. Rohwer-Kahlmann Harry)

Saladin Peter/Wildhaber Luzius (Hrsg.), Der Staat als Aufgabe; Gedenkschrift für Max Imboden; Helbing & Lichtenhahn, Basel/Stuttgart 1972
(Zit. Saladin Peter/Wildhaber Luzius)

Saxer Arnold, Schweizerische Sozialversicherung; Separatdruck aus Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Ausgabe 1955, Verlag Benteli AG, Bern 1955
(Zit. Saxer Arnold)

Senti Richard, Gefahren und Tendenzen der gegenwärtigen Theorie der Sozialpolitik; SZS 1963 S. 161 ff
(Zit. Senti Richard, SZS 1963)

Schäppi Christian, Der Anspruch auf Kinderzulagen; Verlag Hans Schellenberg Winterthur, Diss. Bern 1974
(Zit. Schäppi Christian)

Schätti Robert C., Die Unterstellung der versicherungspflichtigen Unternehmen nach der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherungsgesetzgebung; Diss. Zürich 1941
(Zit. Schätti Robert C.)

Schreiber Wilfrid, Existenzsicherheit in der industriellen Gesellschaft; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber; Kiepenheuer und Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Schreiber Wilfrid)

Schwarzenbach Hans Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts; Stämpfli & Cie AG Bern, 4. Aufl. 1970
(Zit. Schwarzenbach Hans Rudolf)

Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung der Schweiz; Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1955
(Zit. Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung)

Schweingruber Edwin, Grenzen der Sozialpolitik; SZS 1964 S. 56 ff
(Zit. Schweingruber Edwin, SZS 1964)

Schweingruber Edwin, Soziale Landesverteidigung; SZS 1967 S. 1 ff
(Zit. Schweingruber Edwin, SZS 1967)

Tschudi Hans Peter, Die Altersvorsorge auf der neuen Verfassungsgrundlage; SZS 1974 S. 171 ff
(Zit. Tschudi Hans Peter, SZS 1974)

Vaucher René F., Le contentieux dans le domaine des assurances sociales; SZS 1972 S. 233 ff
(Zit. Vaucher René F., SZS 1972)

Wagner Valentin F./Marbach Fritz (Hrsg.), Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Festschrift für Alfred Amonn; Francke Verlag, Bern, 1953
(Zit. Wagner Valentin F./Marbach Fritz)

Wannagat Georg, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts; Mohr Tübingen, 1965
(Zit. Wannagat Georg, Lehrbuch)

Wannagat Georg, Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat; in: Festschrift für Kurt Jantz, hrsg. von Horst Peters; W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1968
(Zit. Wannagat Georg, Sozialrecht)

Wannagat Georg, Auf dem Wege zur Volksversicherung; in: Festschrift für Erich Fechner, hrsg. von Georg Wannagat und Wolfgang Gitter, J.C.B. Mohr, Tübingen 1973
(Zit. Wannagat Georg, Volksversicherung)

Weber Max, Zum Begriff der Sozialpolitik; in: Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Festschrift für Alfred Amonn; Francke Verlag, Bern 1953
(Zit. Weber Max)

Weber-Dürler Beatrice, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung; ASR NF Heft 419, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1973
(Zit. Weber-Dürler Beatrice)

Weisser Gerhard, Soziale Sicherheit; in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band IX S. 396 ff, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1956
(Zit. Weisser Gerhard, HDSW)

Weisser Gerhard, Grundsätze der Verteilungspolitik; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber; Kiepenheuer u. Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Weisser Gerhard, Grundsätze)

Wendt Siegfried, Bemerkungen über das Verhältnis von Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik; in: Soziale Sicherheit, hrsg. von Külp/Schreiber; Kiepenheuer u. Witsch, Köln/Berlin 1971
(Zit. Wendt Siegfried)

Wolff Hans J., Verwaltungsrecht, Band I, 8. Aufl. 1968, Band III, 3. Aufl. 1970
(Zit. Wolff Hans J., Verwaltungsrecht)

Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen; in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 33 ff; München 1955
(Zit. Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze)

Wyss Daniel, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit; Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Diss. Zürich 1971
(Zit. Wyss Daniel)

Zacher Hans F., Die Sozialversicherung als Teil des öffentlichen Rechts; in: Festschrift für Kurt Jantz, hrsg. von Horst Peters; W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1968
(Zit. Zacher Hans F.)

Zanetti Bernardo, Sozialversicherung und Gesamtarbeitsverträge; SZS 1958
(Zit. Zanetti Bernardo, SZS 1958)

Ziegler Hans, Versicherungs- und Solidaritätsprinzip im schweizerischen und im französischen Sozialrecht; Librairie Droz, Genf 1958
(Zit. Ziegler Hans)

ABKUERZUNGEN

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG vom 20. Dez. 1946 über die AHV
AlV	Arbeitslosenversicherung
AHVV	Verordnung zum AHVG
AlVG	BG vom 22. Juni 1951 über die AlV
AlVV	Verordnung zum AlVG
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASR NF	Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
E	Erwägung
EO	Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige
EOG	BG vom 25. Sept. 1952 über die EO
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EVGE	Entscheid des EVG

FLG	BG über die Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Kleinbauern vom 20. Juni 1952
GgV	Verordnung über die Geburtsgebrechen
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
hrsg.	herausgegeben, Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engern Sinn
i.S.	in Sachen
IV	Invalidenversicherung
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die IV
IVV	Verordnung zum IVG
i.w.S.	im weitern Sinn
KUVG	BG vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung
lit.	Litera, Buchstabe
m.a.W.	mit andern Worten
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
m.E.	meines Erachtens
MV	Militärversicherung
MVG	BG vom 20. Sept. 1949 über die Militärversicherung
N	Note, Fussnote
Nr.	Nummer
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	Obligationenrecht
Pra	Praxis des Bundesgerichts

S	Seite
sog.	sogenannt
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere(s) mehr
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag
z.B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ERSTER TEIL

DAS SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

§ 1 Die Sozialpolitik

I. Begriff

Anfänglich war Sozialpolitik identisch mit Arbeitspolitik und Arbeiterschutz (1). Diese sogenannte "alte Sozialpolitik" begnügte sich in der Auseinandersetzung zwischen Kapital und Arbeit mit der Wahrnehmung von Feuerwehraufgaben (2). Gegenstand der neuen Sozialpolitik ist "die gesamte Ordnung des menschlichen Zusammenlebens" (3), die Gesellschaft schlechthin (4). Heute wird Sozialpolitik definiert als Inbegriff der "Bestrebungen und Massnahmen, die darauf gerichtet sind, die Verteilung des Sozialprodukts und die Stellung der sozialen Schichten untereinander zu ändern" (5).

II. Träger

"Sozialpolitik ist Politik und als solche eine Menge von Aktionen im Dienste bestimmter Ziele" (6). Im Dienste sozialpolitischer Ziele tätig werden können supranationale Einrichtungen, der Bund, Kantone und Gemeinden, sonstige öffentlichrechtliche Körperschaften, Verbände, Betriebe und private Vereinigungen wie die politischen Parteien oder etwa Pro Juventute und die

---

1 Schweingruber Edwin, SZS 1964 S. 58.
2 Albrecht Gerhard, a.a.O. S. 49.
3 Höffner Joseph, a.a.O. S. 27.
4 Wendt Siegfried, a.a.O. S. 77.
5 Weber Max, a.a.O. S. 173; Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung S. 36; Höffner Joseph, a.a.O. S. 27.
6 Weisser Gerhard, in Wörterbuch der Soziologie, hrsg. von Dr. Wilhelm Bernsdorf, Ferdinand Enke Verlag Stuttgart 1969, Stichwort Sozialpolitik S. 1039.

Stiftung für das Alter. Je kleiner die tätig werdende Gruppe ist, desto weniger ist sie in der Lage, ihren Aktionen auch konkrete Massnahmen folgen zu lassen, es sei denn, sie beschränke sich auf ausgewählte Ziele. Da die Sozialpolitik auf Aenderungen in der Gesellschaftsordnung abzielt, kann sie nur von einer Organisation getragen werden, die fähig ist, die Aenderungen zu verwirklichen. Das trifft aber einzig auf das Gemeinwesen zu, nur der Staat kann umfassend sozialpolitisch tätig sein (1). Dadurch soll die sozialpolitische Bedeutung der erwähnten ausserstaatlichen Organisationen nicht geschmälert werden; sie leisten im politischen Meinungsbildungsprozess wesentliche Beiträge und in der Regel sind sie es, die den Anstoss zu neuen Sozialgesetzen geben.

III. Standort

Wohin Sozialpolitik als wissenschaftliche Disziplin gehört, ist noch nicht geklärt. Die "alte Sozialpolitik" wurde als Teil der Wirtschaftspolitik betrachtet; schon Max Weber stellte sie auf gleiche Stufe neben die Wirtschaftspolitik (2). Die Tendenz scheint dahin zu gehen, die Sozialpolitik ins Zentrum der Sozialwissenschaften zu stellen (3). Als Sozialwissenschaften bezeichnet man die Gesamtheit der Disziplinen, die sich der Gesellschaft forschung widmen (4).

---

1 Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, S. 36 f; a.M. Ziegler Hans, a.a.O. S. 29.
2 Weber Max, a.a.O. S. 175.
3 Nahnsen Ingeborg, a.a.O. S. 107.
4 Weisser Gerhard, in Wörterbuch der Soziologie, hrsg. von Dr. Wilhelm Bernsdorf, Ferdinand Enke Verlag Stuttgart 1969, Stichwort Sozialwissenschaft S. 1059 ff. Weisser bezeichnet als mögliche Gegenstände der Gesellschaftsforschung "die Beziehungen zwischen Menschen, die Gesellschaft herstellen oder die Art der Gesellschaft bestimmen, ferner die diesen Beziehungen dienenden Ordnungen und die sozialen Gebilde, welche dazu bestimmt sind, Zwecken gesellschaftlichen Zusammenwirkens oder einer Mehrheit solcher Zwecke dauerhaft zu dienen, sowie die Regelmässigkeiten des geschichtlichen Wandels dieser Beziehungen, Ordnungen und Gebilde..." u.a.m; wegen ihrer grossen Zahl ist es schwer, die sozialwissenschaftlichen Disziplinen in ein übersichtliches System zu bringen, jedenfalls kann etwa die Rechtswissenschaft in einem ausgebauten System der Wissenschaften nur als sozialwissenschaftliche Spezialdisziplin auftreten.

IV. Aufgaben

Die Aufgaben der Sozialpolitik können nicht einzeln aufgezählt werden, denn sie sind nicht mehr klassenspezifisch (1). Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es Aufgabe der Sozialpolitik ist, überall dort einzugreifen, wo sich mögliche oder tatsächliche Konflikte im Gesellschaftsgefüge zeigen (2); oder positiv ausgedrückt: die Idee der sozialen Gerechtigkeit zu verwirklichen (3). "Gerecht erscheint diejenige Sozialordnung, die von den Menschen der einzelnen Gruppen, Schichten und Klassen in überwiegender Mehrheit als gerecht empfunden wird" (4).

V. Umfang

Sozialpolitik ist nicht auf wirtschaftliche Massnahmen, auf Einkommens- und Vermögensverteilung beschränkt. Sie umfasst auch die immateriellen Güter des Menschen, die soziale Stellung. Gerhard Weisser prägte dafür den Ausdruck "Lebenslage" (5).

VI. Abgrenzungen

Selbst wenn sich die Sozialpolitik nur mit der wirtschaftlichen Lage der sozial Schwachen beschäftigen würde, wäre sie deswegen noch nicht Wirtschaftspolitik. Diese nämlich befasst sich mit der Vermehrung des Sozialprodukts, die Sozialpolitik (unter anderem) mit dessen Verteilung (6). Zweifellos haben wirtschaftspolitische Massnahmen sozialpolitische Auswirkungen und umgekehrt; massgebend für die Zuordnung zum entsprechenden politischen Zweig bleibt

---

1 Mackenroth Gerhard, a.a.O. S. 266

2 Nahnsen Ingeborg, a.a.O. S. 102
3 Wendt Siegfried, a.a.O. S. 78.
4 Wendt Siegfried, a.a.O. S. 79.
5 Weisser Gerhard, Grundsätze, S. 110; Weber Max, a.a.O. S. 171; Nahnsen Ingeborg, a.a.O. S. 98; Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, S. 39 scheint nur die wirtschaftliche Lage im Auge zu haben.
6 Weber Max, a.a.O. S. 112.

aber der primär verfolgte Zweck der Massnahme (1). Eine Erhöhung der AHV-Renten zum Beispiel zeitigt eminente wirtschaftliche Folgen (2), ohne dadurch den sozialpolitischen Charakter zu verlieren.

Sozialpolitik darf auch nicht mit Gesellschaftspolitik gleichgesetzt werden, obwohl die sozialpolitischen Massnahmen auf die Gesellschaftsstruktur einwirken. Die Gesellschaftspolitik wird als "die Vielzahl aller gestaltenden Eingriffe ins Gesellschaftsleben" (3) bezeichnet, ist also umfassender als die Sozialpolitik welche ihre Tätigkeit auf gesellschaftliche Konfliktstellen beschränkt (4).

---

1 Weber Max, a.a.O. S. 112.
2 Maurer Alfred/Macciacchini Georg, SZS 1969 S. 187 ff.
3 Nahnsen Ingeborg, a.a.O. S. 99.
4 Nahnsen Ingeborg, a.a.O. S. 102.

§ 2 Das Sozialrecht

I. Allgemeines

Sozialrecht bedeutet einerseits ein Individualrecht (1), andererseits einen Bereich der Gesamtrechtsordnung, etwa den Bereichen Erbrecht, Sachenrecht oder Haftpflichtrecht vergleichbar. Wenn in der Folge von Sozialrecht gesprochen wird, so in der zweiten Bedeutung. Häufig wird anstelle von Sozialrecht der gleichbedeutende Ausdruck Sozialgesetzgebung verwendet (2).

II. Begriff

Der Begriff des Sozialrechts oder der Sozialgesetzgebung ist noch nicht bestimmt. Müller (3) betrachtet es als unmöglich, aus der Gesamtrechtsordnung einen Bereich Sozialrecht ausgrenzen zu können, "da es heute wohl kaum einen Bereich staatlicher Tätigkeit und damit materieller verfassungsrechtlicher Regelung gibt, der nicht auch sozialpolitisch relevant ist" (4). Als Beispiel führt er das Steuerrecht an, "das mit dem Anwachsen der Staatsaufgaben immer mehr zum dominierenden Umverteilungsfaktor der Sozialpolitik wird" (5).

An dieser Auffassung ist zweifellos richtig, dass das Steuerrecht sozialpolitischen Zündstoff in sich birgt; man denke etwa an die Bestrebungen zur Steuerharmonisierung und an die in einzelnen Kantonen schon eingeführten Reichtumssteuern. Wegen dieser sozialpolitischen Relevanz wird aber eine Massnahme im Bereiche

---

1 Subjektiv-öffentliches Recht, oder gar soziales Grundrecht im Gegensatz zu den klassischen (liberalen) Grundrechten der BV. Zur Zeit ist umstritten, ob soziale Grundrechte in die Verfassung aufgenommen werden sollen. Vgl. dazu Müller Jörg P., Grisel Etienne, Benz Christian, je a.a.O.

2 Vgl. etwa Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, Müller Jörg P. und Benz Christian, je a.a.O.

3 Müller Jörg P., a.a.O. S. 828 f.

4 Müller Jörg P., a.a.O. S. 829.

5 Müller Jörg P., a.a.O. S. 829 f.

des Steuerrechts in der Regel noch nicht zu einer sozialpolitischen Massnahme; Steuern verfolgen primär finanzpolitische Ziele. Somit ist das Steuerrecht nicht dem Sozialrecht zuzurechnen.

Damit wird die soziale Aufgabe des Rechts nicht unterschätzt und einer atomistischen Betrachtungsweise der Sozialpolitik und des Sozialrechts gehuldigt. Massgebend für die Beantwortung der Frage, ob Sozialrecht vorliegt oder nicht, ist der sozialpolitische Hauptzweck der Massnahme. Eine Abgrenzung des Begriffs "Sozialrecht" lässt sich durchaus von der Materie her gewinnen.

Damit ist aber auch schon gesagt, dass es unmöglich ist, die Gebiete des Sozialrechts oder der Sozialgesetzgebung abschliessend aufzuzählen. Man muss sich mit der Feststellung begnügen, dass das Sozialrecht das gesetzgeberische Resultat der Sozialpolitik ist (1).

III. Gliederung

Es sind schon verschiedene Versuche einer Systematik des Sozialrechts unternommen worden (2). Je genauer und vollständiger diese Systematik sein will, desto schneller ist sie durch die Entwicklung der Gesetzgebung überholt. Nur eine grobe Einteilung kann ihre Gültigkeit behalten. Die in letzter Zeit vorgenommenen Gliederungen sehen durchwegs Dreiteilungen vor, weichen aber inhaltlich erheblich voneinander ab. Wannagat (3) nennt als Kernbereich des Sozialrechts

- das Sozialversicherungsrecht
- das Versorgungsrecht (4)
- die öffentliche Fürsorge (5).

---

1 Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, S. 59.
2 Vgl. die Uebersicht bei Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, S. 74 ff.
3 Wannagat Georg, Sozialrecht, S. 55.
4 In Deutschland versteht man unter Versorgungsrecht die Gesetzgebung u.a. über die Kriegsopfer, Heimkehrer, Kindergeld.
5 Näheres zu diesen drei Gebieten hinten § 3 III.

Er betont die enge Verflechtung des Sozialrechts etwa mit dem Arbeitsrecht und stellt dieses neben das Sozialrecht auf die gleiche Ebene.

Grisel (1) unterteilt das Sozialrecht im weitern Sinn in folgende Gruppen:

- wirtschaftliche Rechte
- soziale Rechte im engern Sinn
- kulturelle Rechte.

Berenstein (2) seinerseits erwähnt die Ergebnisse des Kongresses von 1966 der Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale. Danach sind unter dem Oberbegriff Sozialrecht im weitern Sinn folgende Zweige zusammengefasst:

- Arbeitsrecht
- Soziale Sicherheit
- Sozialrecht im engern Sinn.

Mit bezug auf die schweizerischen Hochschulen stellt Berenstein fest, dass das Sozialrecht im allgemeinen noch nicht den seiner Bedeutung angemessenen Platz in den Lehrplänen gefunden hat (3).

Gysin (4) zählt zum Sozialrecht

- die Sozialversicherung
- die soziale Privatversicherung (5)
- das Arbeitsrecht
- den Mieterschutz.

Das ist im wesentlichen die gleiche Gruppierung wie sie Berenstein vornimmt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass mit Sozialrecht jene gesetzlichen Bestimmungen gemeint sind, welche erlassen wurden, um die Zwecke staatlicher Sozialpolitik zu erreichen. Die Schwerpunkte dieser Gesetzgebung liegen beim Arbeitsrecht und beim

---

1 Grisel Etienne, a.a.O. S. 96.
2 Berenstein Alexandre, SZS 1973 S. 23.
3 Berenstein Alexandre, SZS 1973 S. 23.
4 Gysin Arnold, Sozialrecht S. 76.
5 Vgl. dazu Hug Walther, SZS 1963 S. 19 ff.

Recht der sozialen Sicherheit (1). Was darüber hinaus an Sozialgesetzen erlassen wird, möchte ich als "übrige Sozialgesetzgebung" bezeichnen (2).

IV. Stellung des Sozialrechts in der Gesamtrechtsordnung

Die deutsche Doktrin neigt dazu, das Sozialrecht als einen neuen, in sich abgeschlossenen Zweig des öffentlichen Rechts zu betrachten (3). Das ist möglich, da sich in Deutschland das Sozialrecht auf die Sozialversicherung, die öffentliche Fürsorge und das Versorgungsrecht, d.h. auf Gebiete des öffentlichen Rechts beschränkt (4).

In der Schweiz, wo auch das Arbeitsrecht in das Sozialrecht einbezogen wird und ein Bereich "übriges Sozialrecht" als Auffanggruppe ausgespart ist, greift die Sozialgesetzgebung über das öffentliche Recht hinaus und umfasst auch privatrechtliche Bestimmungen, etwa das Arbeitsvertragsrecht, Art. 319 - 362 OR.

V. Besonderheiten des Sozialrechts

Das Sozialrecht entwickelt sich mit einer unerhörten Dynamik (5). Das bringt es mit sich, dass sozialrechtliche Erlasse oft in die Form einer lex specialis gekleidet werden und als solche dem allgemeinen Recht vorgehen. Dies darf aber nicht dazu verleiten, das Sozialrecht als Ausnahmerecht, als Fremdkörper der gegebenen Rechtsordnung zu bezeichenn, wie Schweingruber das tut (6). Jede Rechtsordnung hat zur Aufgabe, eine gerechte Ordnung zu verwirk-

---

1 Vgl. zu diesem Begriff hinten § 3 I.
2 Der Ausdruck "im engern Sinn" (droit social en sens étroit) scheint mir unglücklich, denn er deutet auf einen Kernbereich hin.
3 Wannagat Georg, Sozialrecht, S. 55.
4 Vgl. soeben III. bei N. 4.
5 Vgl. den geschichtlichen Ueberblick bei Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, S. 67 ff; Maurer Alfred, SZS 1972 S. 179
6 Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung, S. 63, 65.

lichen. Wenn nun die Sozialgesetzgebung eine Konfliktstelle ausmerzt, einen als ungerecht empfundenen Zustand beendet, kann darin keine Durchlöcherung des geltenden Rechts erblickt werden. Im Gegenteil, das Sozialrecht schliesst öfters sogar Lücken, welche durch die Entwicklung der tatsächlichen Ordnung im Rechtsgefüge entstanden sind.

§ 3 Die Soziale Sicherheit

I. Begriff

Der Begriff "Soziale Sicherheit" wurde erstmals unter Präsident Roosevelt im "Social Security Act" von 1935 (1) verwendet. Seither ist er zu einem internationalen Begriff geworden (2), dessen Kriterien allerdings noch nicht vereinheitlicht werden konnten. Bei jeder Definition muss man sich darüber Rechenschaft geben, welchem Zweck sie zu dienen hat (3). So gibt die Weltärzteschaft der Sozialen Sicherheit einen sehr weiten Inhalt (4), während bei einer engen Auslegung darunter die Sicherung des Einkommens bei Krankheit, Unfall, Tod, Invalidität und Arbeitslosigkeit verstanden wird (5). Eine von der Rechtswissenschaft unangefochten anerkannte Definition der Sozialen Sicherheit fehlt bisher, und es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, diese Lücke zu schliessen. Immerhin spricht Weisser den von der Internationalen Arbeitsorganisation im Juni 1951 aufgestellten Mindestanforderungen den Rang einer Legaldefinition zu (6). Sie soll deshalb auch für diese Arbeit übernommen werden, obwohl sie nach Wannagat (7) nicht im vollen Masse die für Rechtsvorschriften erforderliche Exaktheit aufweist. Danach müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit Leistungen der Sozialen Sicherheit vorliegen (8):

---

1 Weisser Gerhard, HDSW Bd. IX S. 397.
2 Hug Walther, SZS 1963 S. 3 f; Wannagat Georg, Lehrbuch S. 33.
3 Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 30.
4 Zitiert bei Wannagat Georg, Lehrbuch S. 34: danach umfasst Soziale Sicherheit Schutz vor Unwissenheit (Schulwesen), vor Krankheit und Invalidität (Medizin und öffentliches Gesundheitswesen), vor Obdachlosigkeit (Wohnungswesen) sowie vor Erwerbs- und Arbeitslosigkeit.
5 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 34
6 Weisser Gerhard, HDSW Bd. IX S. 397.
7 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 34 unten und S. 35 oben.
8 Zitiert bei Weisser Gerhard, HDSW Bd. IX S. 397.

1. "Das Ziel der Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung muss darin bestehen, heilende oder verhütende ärztliche Behandlung zu gewähren oder bei unfreiwilligem Verlust des ganzen oder eines grossen Teils des Arbeitseinkommens Mittel für den Lebensunterhalt zu garantieren oder Personen mit Familienangehörigen ein zusätzliches Einkommen zu gewähren;"

2. "die Einrichtung muss durch Gesetzgebung geschaffen sein, die bestimmte individuelle Rechtsansprüche gewährt oder öffentlichen, halböffentlichen oder autonomen Organisationen fest umgrenzte Verpflichtungen auferlegt;"

3. "die Einrichtung muss durch eine öffentliche, halböffentliche oder autonome Körperschaft verwaltet werden."

Schliesslich ist noch zu prüfen, ob innerhalb der Sozialen Sicherheit auch andere als öffentlichrechtliche Einrichtungen Platz haben oder nicht. Es ist hier hauptsächlich an die berufliche Vorsorge - die sog. zweite Säule - zu denken. Wannagat (1) zählt die Alterssicherung der deutschen Rechtsanwälte zur Sozialversicherung und damit zur Sozialen Sicherheit. Auch Gysin (2) scheint die berufliche Vorsorge ganz allgemein als Bestandteil der Sozialen Sicherheit zu betrachten. Die Pensionskassen der Privatwirtschaft fallen jedoch nicht unter den hier verwendeten Begriff der Sozialen Sicherheit, weil diese Kassen nicht durch öffentliche, halböffentliche oder autonome Körperschaften verwaltet werden. Das Kriterium der Körperschaft ist allerdings ungeeignet, weil dann die öffentlichrechtlichen Pensionskassen, z.B. die Eidgenössische Versicherungskasse für das Bundespersonal (3), zur Sozialen Sicherheit gezählt werden müssten, obwohl sie die gleichen Zwecke verfolgen wie die privaten Pensionskassen. Ausschlaggebend ist die Tatsache, dass es sich sowohl bei den

---

1 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 22
2 Gysin Arnold, SZS 1974 S. 2.
3 BRB vom 29. September 1950.

öffentlichen wie bei den privaten Pensionskassen um Einrichtungen handelt, die auf einem Beamten- bzw. Arbeitsverhältnis beruhen. Sie gehören deshalb innerhalb des Sozialrechts zum Arbeitsrecht und nicht zur Sozialen Sicherheit (1). Ebenfalls nicht zur Sozialen Sicherheit gehören die aufgrund eines gesetzlichen Obligatoriums errichteten privatrechtlichen Verhältnisse, etwa die Unfallversicherung der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer gemäss Landwirtschaftsgesetz (2), denn dieses Gesetz begründet keine Leistungspflicht einer öffentlichrechtlichen Körperschaft beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Soweit dieses Gesetz sozialrechtliche Bestimmungen enthält, gehören sie zum Arbeitsrecht und nicht zur Sozialen Sicherheit.

II. Die schweizerische Soziale Sicherheit

Besonders in der deutschen Literatur wird der Sammelbegriff "Soziale Sicherheit" als Zusammenfassung von Sozialversicherung, Versorgung und Fürsorge verwendet (3). Das schweizerische Schrifttum übernimmt diese Einteilung, ohne sich aber um eine weitere begriffliche Klärung zu bemühen (4). Berenstein (5) weist darauf hin, dass in der Schweiz anstelle von Sozialer Sicherheit der Ausdruck Sozialversicherung verwendet wird. Neuerdings gehen Autoren von Abhandlungen zur "Sozialversicherung" im Sinne von Sozialer Sicherheit dazu über, eingangs anzugeben, was sie zur Sozialversicherung zählen (6). M.E. ist es gerechtfertigt, auch

---

1 Vgl. die Gliederung des Sozialrechts oben § 2 III.
2 BG über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes vom 3. Oktober 1951.
3 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 35; ders., Sozialrecht S. 55.
4 Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung S. 47; Lüthi Wilfried MBVR 67 (1969) S. 342; Berenstein Alexandre, SZS 1973 S. 22; Gysin Arnold, Sozialrecht S. 76.
5 Berenstein Alexandre, SZS 1973 S. 22.
6 Maurer Alfred, SZS 1972 S. 179 N 2; Vaucher René F., SZS 1972 S. 234 f; Gysin Arnold, SZS 1974 S. 2 f.

in der Schweiz die Soziale Sicherheit als Oberbegriff und die Sozialversicherung, die Fürsorge und die Versorgung als Unterbegriffe zu betrachten; die Soziale Sicherheit bildet zusammen mit dem Arbeitsrecht und der übrigen Sozialgesetzgebung das Sozialrecht.

Der schweizerische Gesetzgeber ist beim Aufbau der Sozialen Sicherheit nicht von einem bestimmten Begriff ausgegangen; die heute bestehenden Einrichtungen der Sozialen Sicherheit sind das Resultat eines jahrzehntelangen pragmatischen Vorgehens. Deshalb kann in der Schweiz nicht von einem geschlossenen System Sozialer Sicherheit gesprochen werden. Der Ausdruck "Soziale Sicherheit" ist der schweizerischen Gesetzgebung noch unbekannt; immerhin erscheint er wenigstens als Titel auf der Einbanddecke der systematischen Sammlung des Bundesrechts (1); zur Sozialen Sicherheit werden dort die Sozialversicherung, die Wohnverhältnisse und die Fürsorge gezählt. Die Gesetzgebung über die Wohnverhältnisse - es handelt sich hauptsächlich um die Massnahmen zur Förderung des (sozialen) Wohnungsbaues - gehört nicht zur Sozialen Sicherheit, sondern zum übrigen Sozialrecht. In materieller Hinsicht darf der schweizerischen Sozialen Sicherheit attestiert werden, dass sie in ihrer Gesamtheit weit über die Mindestanforderungen der Internationalen Arbeitsorganisation hinausgeht (2).

---

1 Die Ziffer 8 umfasst die Gebiete Gesundheit, Arbeit und Soziale Sicherheit; die Ziffer 81 ist der Gesundheit, 82 der Arbeit gewidmet, die Ziffer 83 wird aber nicht der Sozialen Sicherheit, sondern der Sozialversicherung vorangestellt. In diesem Punkt vermag die Sammlung ihren Titel nicht zu rechtfertigen.

2 BBl. 1953 III S. 1008.

III. Die Prinzipien der Sozialen Sicherheit

Entsprechend der Dreiteilung der Sozialen Sicherheit in Sozialversicherung, Fürsorge und Versorgung sind die verschiedenen Einrichtungen nach entsprechenden Prinzipien aufgebaut.

1. Das Versicherungsprinzip

a) Das Wesen der Versicherung

Jeder Mensch hat ein bestimmtes Sicherungsbedürfnis. Wenn sich nun eine Vielzahl von Personen gegen die finanziellen Folgen bestimmter Ereignisse schützen will, kann jeder für sich allein vorsorgen, indem er beispielsweise den Gefahren ausweicht oder schon vorsorglich finanzielle Mittel bereitstellt, um für allfällig eintretende Unglücksfälle gewappnet zu sein; alle diese Personen können sich auch zu einer Gefahrengemeinschaft zusammenschliessen. Denn es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, dass innert einer bestimmten kürzeren Zeitspanne nur ein Teil der Gefahrengemeinschaft von einem gleichartigen Risiko betroffen wird (1). Maurer spricht deshalb von zwei konzentrischen Kreisen, dem grösseren, der alle Versicherten umfasst, und vom kleinern Kreis, der jene Versicherten umfasst, die innerhalb einer Beobachtungsperiode, z.B. innerhalb eines Jahres von einem bestimmten Risiko betroffen werden (2). Das gemeinsame gleichartige Sicherungsbedürfnis wird nun dadurch befriedigt, dass jedes Mitglied für eine Versicherungsperiode einen Beitrag, die Prämie, an die Gemeinschaft bezahlt; die Gefahrengemeinschaft gewährt dafür während der Versicherungsperiode den angestrebten Versicherungsschutz und entrichtet aus dem angesammelten Kapital die Versicherungsleistungen, wenn ein Mitglied von einem ver-

---

1 Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht S. 5; Wannagat Georg, Lehrbuch S. 2.
2 Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht S. 5.

sicherten Ereignis betroffen wird. Der Zweck der Versicherung besteht also darin, dem einzelnen die Ungewissheit der Gefahr abzunehmen und sie auf die Schultern vieler zu verteilen (1).

b) Der Versicherungsbegriff

Die Versicherung hat verschiedene Aspekte, die nach wissenschaftlicher Bearbeitung rufen. Neben Mathematikern, Juristen und Volkswirtschaftern befassen sich auch Psychologen und Soziologen mit dem Phänomen Versicherung. Es fehlt deshalb nicht an Definitionen; allgemeine Anerkennung konnte sich noch keine verschaffen, auch jene von Manes nicht (2). Die Gesetzgebung sowohl zur Privat- wie auch zur Sozialversicherung verwendet zwar den Ausdruck Versicherung, umschreibt ihn aber nirgends. Wannagat greift deshalb auf die in der Literatur entwickelten Definitionen zurück und hebt diejenige von R. Wolff hervor, weil sie den Rechtsbegriff der Versicherung am besten wiedergibt: "Danach ist Versicherung ein selbständiges Rechtsverhältnis, inhalts dessen jemand einen Schaden, der einem andern aus einem ungewissen Ereignis droht, zu ersetzen verpflichtet ist und für die Gefahrenübernahme ein nach allgemeinen Erfahrungen berechneten Entgelt bezieht" (3). Das ist aber bereits der Rechtsbegriff des Versicherungsverhältnisses und nicht der Versicherung als solcher.

c) Die typischen Elemente der Versicherung

Die Versicherung beruht regelmässig auf einem Rechtsverhältnis (4), das die Leistungspflicht des Versicherungsträgers begründet, wenn sich zum voraus bestimmte Tatbestände verwirklichen; ent-

---

1 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 2
2 Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht S. 34 N 1 mit Hinweis auf Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 29
3 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 4
4 Zur Abgrenzung der Sozialversicherung von der Privatversicherung vgl. hinten § 5 II.

sprechend der Leistungspflicht des Versicherers hat der Versicherte einen Rechtsanspruch auf Versicherungsleistungen; fehlt dieser Rechtsanspruch, liegt keine Versicherung vor (1). Ein zweites wesentliches Merkmal der Versicherung liegt darin, dass die Höhe der Leistungen zum voraus und generell bestimmt oder mindestens bestimmbar ist. Die versicherte Gefahr oder das Risiko ist ein weiteres wesentliches Element der Versicherung; darunter wird der Eintritt eines Ereignisses verstanden, von dem aber ungewiss ist, ob bzw. wann es eintritt; rechtlich handelt es sich um den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung (2). Ein letztes Merkmal ist die Entgeltlichkeit der Versicherung; die Finanzierung hat ganz oder mindestens teilweise durch Beiträge oder Prämien zu erfolgen, wobei aber nicht notwendig ist, dass die Versicherten selbst zur Prämienzahlung verpflichtet sind, es genügt die Verpflichtung Dritter (3). Die letzten drei Elemente, also Leistung, Risiko und Prämie, stehen in enger Beziehung zueinander (4). In der Privatversicherung beeinflusst eine Aenderung des Risikos entweder die Prämie oder die Höhe der Leistung oder beides. So bedingt eine Gefahrserhöhung eine höhere Prämie oder eine Verringerung der Leistung; das ist das Aequivalenzprinzip, das hauptsächlich in der Privatversicherung gilt (5). In der Sozialversicherung gilt dieses Prinzip in der Regel nur beschränkt oder überhaupt nicht (6), z.B. in der AHV besteht keine Relation zwischen Risiko und Prämie und nur eine beschränkte zwischen Prämie und Leistung (7,8).

---

1 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 5.
2 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 5.
3 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 5.
4 Tschudi Hans Peter, SVZ 1974 S. 176.
5 Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 96
6 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 6.
7 Diese Relationen bestehen aber auch in der Privatversicherung nicht immer, z.B. bei der Abonnentenversicherung; vgl. auch Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 34.
8 Zur Abgrenzung der Sozialversicherung von der Privatversicherung vgl. hinten § 5 II.

2. Das Fürsorgeprinzip

Die öffentliche Fürsorge ist aus dem Armenrecht hervorgegangen. Sie kann ihre Herkunft auch nicht verleugnen, denn es findet eine Bedarfsprüfung statt. Es gilt der Grundsatz der Subsidiarität, was bedeutet, dass Fürsorgeleistungen nur erhält, wer sich selbst nicht helfen kann und die erforderliche Hilfe auch nicht von anderer Seite erhält (1). Die Leistungen sind nicht typisiert wie bei der Versicherung, sondern sie werden an die besonderen Bedürfnisse des Hilfesuchenden angepasst (2). Die Höhe der Leistungen, die aus öffentlichen Mitteln stammen, ist nicht festgelegt; der Gesetzgeber begnügt sich mit Richtlinien (3). Deshalb besteht der Rechtsanspruch auf Fürsorgeleistungen nur dem Grundsatz, nicht aber der Höhe nach (4).

3. Das Versorgungsprinzip

Dieses Prinzip unterscheidet sich von der Versicherung hauptsächlich "durch die anders geartete und ausgestaltete Leistungsgewährung, Finanzierung und Verwaltung" (5). Die Versorgung verschafft einen unbedingten gesetzlichen Anspruch auf meist nicht individualisierte Gewährung des Grundbedarfs (6). Dem Prinzip liegt die Ueberlegung zugrunde, dass alle Bevölkerungsgruppen gewissen Grundrisiken ausgesetzt sind, für die, wenn sie sich verwirklichen, der Staat aufzukommen hat, "und zwar unabhängig davon, ob in der Vergangenheit bestimmte Ereignisse (wie z.B. Beitragsleistung, Versicherungs- oder Schadensfall) vorgelegen haben" (7). Finanziert wird die Versorgung aus allgemeinen Steuergeldern (8).

---

1 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 6.
2 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 7.
3 Weisser Gerhard, HDSW Bd. IX S. 409; Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung S. 47
4 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 7.
5 Wannagat Georg, Volksversicherung S. 216.
6 Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung S. 47.
7 Wannagat Georg, Volksversicherung S. 217.
8 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 33; ders., Volksversicherung S.217

§ 4 Insbesondere die Einrichtungen der Sozialversicherung

I. Allgemeines

Hier geht es darum, die Versicherungseinrichtungen aufzuzählen und jene Einrichtungen auszuscheiden, welche nicht nach dem Versicherungsprinzip aufgebaut sind. Da im Rahmen dieser Arbeit nur das Bundessozialversicherungsrecht berücksichtigt wird, fallen die kantonalen Einrichtungen ausser Betracht (1).

II. Die Zweige der Sozialversicherung

Im vorangehenden Paragraphen wurde dargelegt, dass die Soziale Sicherheit die drei Gebiete Sozialversicherung, Fürsorge und Versorgung umfasse. Das führt dazu, dass in dieser Arbeit verschiedene Einrichtungen der Fürsorge und der Versorgung zugeschlagen werden, obwohl sie üblicherweise zur Sozialversicherung gezählt werden. Die erste Gruppe (A) umfasst jene Zweige, die in dieser Arbeit als Sozialversicherungen behandelt werden, in der zweiten Gruppe (B) werden jene Einrichtungen ausgeschieden, welche nicht zur Sozialversicherung gerechnet werden.

A. Zur Sozialversicherung gehören

1. Die soziale Krankenversicherung

Das BG über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG) vom 13. Juni 1911 regelt nicht nur die soziale Krankenversicherung, sondern auch die obligatorische Unfallversicherung. Die beiden Einrichtungen sind aber zu verschieden, als dass sich eine Regelung im gleichen Gesetz wirklich aufgedrängt hätte. Der erste

---

1 Zum kantonalen Sozialversicherungsrecht vgl. die regelmässigen Uebersichten in der SZS, zuletzt 1972 S. 216 ff, 1973 S. 187 ff.

Titel behandelt die Krankenversicherung, der zweite die obligatorische Unfallversicherung und der dritte enthält allgemeine Bestimmungen für beide Zweige.

Die Finanzierung erfolgt hauptsächlich durch Beiträge der Versicherten und - in der Kollektivversicherung - ihrer Arbeitgeber; daneben leistet die öffentliche Hand Subventionen (1).

Das Risiko beeinflusst die Prämie; aber das Aequivalenzprinzip ist gemildert: so dürfen z.B. die Beiträge der Frauen jene der Männer um höchstens zehn Prozent übersteigen, obwohl deren Krankheitshäufigkeit bedeutend höher liegt (2). Die Höhe der Prämie kann ihrerseits die Leistungen beeinflussen, so beim Krankengeld.

2. Die obligatorische Unfallversicherung

Dieser Zweig wird ebenfalls im KUVG geregelt, und zwar im zweiten und dritten Titel. Das Gesetz sieht neben der obligatorischen auch eine freiwillige Versicherung vor, letztere ist aber bis heute noch nicht in Kraft getreten.

Der Versicherungscharakter zeigt sich darin, dass die Versicherten einen Rechtsanspruch haben auf die gesetzlichen Leistungen, wenn sie von einem versicherten Ereignis betroffen werden. Die Finanzierung erfolgt praktisch ausschliesslich durch Beiträge der Versicherten (für Nichtbetriebsunfälle) und ihrer Arbeitgeber (für Betriebsunfälle); die Beitragsleistung Dritter wird jener der Versicherten gleichgestellt (3).

In der Betriebsunfallversicherung wirkt sich die Schwere des Risikos voll auf die Beitragshöhe aus. Dabei können alle Abstufungen des Risikos durch Einteilung in Gefahrenklassen erfasst werden. In der Abteilung der Nichtbetriebsunfälle wird nur grob differenziert (4).

---

1 Vgl. Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 49.
2 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 50.
3 Wannagat Georg, Lehrbuch S. 5.
4 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 101 f.

3. Die Alters- und Hinterlassenenversicherung

Das BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 trat am 1. Januar 1948 in Kraft (1). Die versicherten Tatbestände sind in der Zukunft liegende ungewisse Ereignisse wie das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze oder der Verlust des Ehegatten oder der Eltern durch Tod. Die Leistungen heissen dementsprechend Alters-, Witwen- oder Waisenrenten, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Zwischen Beitrag und Leistung bestehen zwar Beziehungen, das Aequivalenz- oder Versicherungsprinzip ist aber zum Teil stark eingeschränkt durch das Sozialprinzip, welches einen sozialen Ausgleich zwischen den wirtschaftlich Starken und Schwachen bezweckt. Die Renten sind nach oben und nach unten begrenzt; die Maximalrente darf die Minimalrente höchstens um das doppelte übersteigen. Die Finanzierung erfolgt durch Beiträge der Versicherten. Soweit Arbeitnehmer versichert sind, haben auch deren Arbeitgeber Beiträge zu leisten, wobei die Höhe der Beiträge nach Lohnprozenten bestimmt wird. Für die Selbständi erwerbenden besteht eine Sonderregelung, welche auf ihre wirtscha liche Leistungsfähigkeit Rücksicht nimmt. Die Finanzierung erfolgt auch durch Subventionen. Das Risiko beeinflusst weder die Beiträge noch die Leistung, das bedeutet, dass weder das Alter noch die Gesundheit einen Einfluss ausüben kann (2).

4. Die Invalidenversicherung

Die Invalidenversicherung wird durch BG vom 19. Juni 1959 geregelt. Sie lehnt sich in den meisten wesentlichen Bereichen stark an die AHV an. Was ihre Versicherungseigenschaft betrifft, kann auf das soeben zur AHV Gesagte verwiesen werden. Die Beiträge werden gleichzeitig mit jenen der AHV eingezogen. Die Lei-

---

1 Zur Vorgeschichte vgl. Saxer Arnold, Die soziale Sicherheit in der Schweiz, Verlag Paul Haupt, Bern, 3. Aufl. 1970.
2 Für Einzelheiten zur AHV vgl. Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 109 ff mit Literaturhinweisen auf S.XIV

stungen der IV hingegen weichen erheblich von jenen der AHV ab. In der IV gilt der fundamentale Grundsatz, dass die Eingliederung den Vorrang vor der Rente hat. Es soll also zuerst versucht werden, den Invaliden durch medizinische Massnahmen und geeignete Schulung wieder ins Erwerbsleben einzugliedern, bevor ihm eine Rente gewährt wird (1).

5. Die Arbeitslosenversicherung

Dieser Zweig der Sozialversicherung wird durch das BG über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951 geregelt. Versicherte Gefahr ist die zukünftige Erwerbsunmöglichkeit - dies im Gegensatz zur Unfall- und Krankenversicherung, welche die Erwerbsunfähigkeit deckt. Die Finanzierung erfolgt grösstenteils durch Beiträge der Versicherten, der Bund und die Kantone gewähren Subventionen. Während die Leistungen durch das AlVG abschliessend geregelt werden, bestehen für die Beitragsordnung nur Rahmenvorschriften (2).

B. Zur Sozialversicherung gehören nicht

1. Die Militärversicherung

Ob diese Einrichtung zur Sozialversicherung gehört, hängt davon ab, ob die für das Versicherungsprinzip wesentlichen Kriterien in ihr verwirklicht sind. Die Merkmale des Rechtsanspruchs, der Bestimmbarkeit der Leistungen und des ungewissen zukünftigen Ereignisses sind gegeben. Hingegen fehlt das vierte Kriterium, die Entgeltlichkeit. die MV bestreitet ihre Aufwendungen aus allgemeinen Steuermitteln und nicht aus Beiträgen der Leistungsempfän-

---

1 Näheres zur IV bei Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 150 ff.
2 Für Einzelheiten zur AlV vgl. Holzer Max, Kommentar zum BG über die Arbeitslosenversicherung, Zürich 1954.

ger oder Dritter. Sie gehört deshalb nicht zur Sozialversicherung sondern zur Versorgung (1). Ihre Zugehörigkeit zur Sozialversicherung war zwar schon immer umstritten; aber in der neueren Literatur wird ihr der Versicherungscharakter durchwegs abgesprochen (2).

2. Die Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Kleinbauern

Das entsprechende BG vom 20. Juni 1952 regelt die Familienzulagen einerseits für landwirtschaftliche Arbeitnehmer, andererseits für Kleinbauern.

Der landwirtschaftliche Arbeitnehmer erhält Zulagen, wenn er einen eigenen Haushalt führt oder Kinder i.S. von Art. 9 FLG hat. Sind diese Tatbestände schon zu Beginn des Rechtsverhältnisses erfüllt, liegt kein versicherungsmässiges Risiko vor, denn dieses besteht in einem zukünftigen, ungewissen Ereignis; in diesen Fällen sind die Zulagen nach FLG keine Sozialversicherungsleistungen. Anders ist es, wenn die massgebenden Tatbestände erst nach Beginn des Rechtsverhältnisses eintreten. Dies zeigt, dass das FLG nicht versicherungsmässig aufgebaut ist. Die Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer werden deshalb nicht zur Sozialversicherung gezählt.

Für die Familienzulagen der Kleinbauern, die nur Kinderzulagen erhalten, gilt das gleiche. Ueberdies fehlt bei der Finanzierung das Kriterium der mindestens teilweisen Selbstbeteiligung der Versicherten, denn die Mittel für die Familienzulagen der Kleinbauern stammen vollständig aus Steuermitteln. Also liegt auch hier keine Sozialversicherung, sondern ebenfalls Versorgung vor (3).

---

1 Vgl. die Definition S. 17.

2 Hug Walther, SZS 1963 S. 192; Gysin Arnold, SZS 1964 S. 2 N 2; Schweingruber Edwin, Sozialgesetzgebung S. 79; Mugglin Carl, SZS 1959 S. 294; Vaucher René F., SZS 1972 S. 235; Gysin Arnold, SZS 1974 S. 2; vgl. auch Oftinger Karl, a.a.O. Bd. II/2 S. 860 N 54.

3 Hug Walther, SZS 1963 S. 192; a.M. Zanetti Bernardo, SZS 1958 S. 296; vgl. auch Schäppi Christian, a.a.O. S. 149.

3. Die Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige

Nach diesem BG vom 25. September 1952 haben jene Personen einen Rechtsanspruch auf Erwerbsausfallentschädigungen, die Dienstleistungen i.S. von Art. 1 EOG erbringen. Art und Höhe der Entschädigung richten sich weitgehend nach den persönlichen Verhältnissen des Berechtigten, sind aber gesetzlich umschrieben. So unterscheidet das Gesetz neben der Entschädigung für Alleinstehende die Haushaltungsentschädigungen, Kinder-, Unterstützungs- und Betriebszulagen. Die Tatbestände, für die eine Entschädigung vorgesehen ist, sind aber keine versicherungsfähige Risiken, denn es liegt gar kein zukünftiges, ungewisses Ereignis vor; tritt es mit Sicherheit ein und kennt man den Zeitpunkt des Eintritts, kann von einer Gefahr nicht mehr gesprochen werden. Das EOG wird in dieser Arbeit nicht als Zweig der Sozialversicherung betrachtet; es muss zur Versorgung gerechnet werden.

4. Die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV

Das entsprechende BG vom 19. März 1965 gewährt den Kantonen Beiträge an ihre Aufwendungen für bedürftige AHV-Rentner. Die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV sind Leistungen der Kantone und werden in dieser Arbeit nicht behandelt. Die entsprechenden Aufwendungen des Bundes stammen aus allgemeinen Mitteln, die Finanzierung erfolgt überhaupt nicht durch Beiträge. Deshalb liegt hier keine Versicherungseinrichtung, sondern ebenfalls Versorgung vor.

§ 5 Das Sozialversicherungsrecht

I. Die Sozialversicherung als öffentlich-rechtliche Versicherung

Ob ein Versicherungsverhältnis dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuweisen sei, beurteilt sich einzig nach der Art und Weise, wie das Versicherungsverhältnis zustandekommt (1). Die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse entstehen von Gesetzes wegen oder aufgrund eines Verwaltungsaktes (2). Auch das Beitragswesen und die Versicherungsleistungen sind durch Gesetz oder Statuten - z.B. der anerkannten Krankenkassen - bestimmt oder zumindest bestimmbar (3). Diese Merkmale liegen nicht nur bei der Sozialversicherung vor, sondern treffen auch auf eine Reihe weiterer öffentlich-rechtlicher Versicherungsverhältnisse zu, etwa staatliche Gebäude (-Feuer) - oder Viehversicherungen. Charakteristisch für die öffentlich-rechtliche Versicherung ist, dass ein Träger öffentlicher Gewalt einem Privaten gegenübertritt, der durch einseitige Verfügungen Rechte und Pflichten der Versicherten rechtskräftig entscheiden kann (4).

Die Einrichtungen der Sozialversicherung sind ein Teil der öffentlichrechtlichen Versicherung. Hauptsächlich zwei Besonderheiten zeichnen sie gegenüber andern öffentlichen Versicherungsverhältnissen aus (5):

1. Es sind nur natürliche Personen - gegen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit oder Verminderung des Erwerbseinkommens - versichert. Bei den andern öffentlichen Versicherungen können auch Sachen, z.B. ein Haus, Gegenstand der Versicherung sein.

---

1 Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht, S. 295 f; Hug Walther, SZS 1963, S. 106 f. Beide Autoren betonen, dass es auf die Rechtsform des Versicherungsträgers oder auf Freiwilligkeit bzw. Obligatorium der Versicherung nicht ankommt.
2 Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht, S. 283.
3 Hug Walther, SZS 1963, S. 107
4 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 9 f; Hug Walther, SZS 1963 S. 102.
5 Hug Walther, SZS 1963 S. 98, 190 ff.

2. Die Leistungen sind aus sozialen Gründen nach unten und nach oben begrenzt.

II. Sozialversicherung und Privatversicherung

1. Allgemeines

Das Gegenstück zur Privatversicherung stellt nicht die Sozialversicherung, sondern die öffentliche Versicherung dar (1). Privatrechtliches Vergleichsobjekt der Sozialversicherung kann nicht die Privatversicherung schlechthin, sondern nur die private Personenversicherung sein. Diese beiden Institutionen stellen aber nicht zwei feste, in sich abgeschlossene, je einem einheitlichen Rechtssystem unterstehende Gebiete dar. Das Sozialversicherungsrecht untersteht z.B. nicht ausschliesslich öffentlichem Recht, sondern enthält auch privatrechtliche Elemente (2), etwa die Organisationsformen der privaten anerkannten Krankenkassen, welche als Verein, Genossenschaft oder Stiftung organisiert sein müssen (3).

2. Unterscheidungsmerkmale

a) Die Entstehung des Versicherungsverhältnisses

In der Privatversicherung entsteht das Versicherungsverhältnis durch Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages (4). Die Par-

---

1 Hug Walther, SZS 1963 S. 98.
2 Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht S. 296 f.
3 Art. 1 Abs. 1 lit. c. der VO V über die Krankenversicherung vom 2. Februar 1965.
4 Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht S. 282, Hug Walther, SZS 1963 S. 193.

teien entscheiden in der Regel frei, ob sie ein Versicherungsverhältnis überhaupt eingehen wollen und gegebenenfalls mit wem (1).

Demgegenüber entsteht das Sozialversicherungsverhältnis unmittelbar kraft Gesetzes oder durch Verwaltungsakt (2). Bei einer freiwilligen Versicherung ist der Verwaltungsakt antragsbedürftig (3)

b) Der Inhalt des Versicherungsverhältnisses

In der Privatversicherung können die Parteien im Rahmen der Rechtsordnung Verträge beliebigen Inhalts schliessen (4). Die Prämie wird nach dem Aequivalenzprinzip bemessen, wie die Leistungen der andern wesentlich zweiseitigen Verträge (5).

In der Sozialversicherung hingegen sind sowohl die Versicherungsleistungen wie auch die Beiträge der Versicherten zum voraus durc Gesetz oder Statuten des Versicherungsträgers bestimmt oder zumindest bestimmbar (6). Das Verhältnis zwischen Leistung und Beitrag richtet sich nur teilweise nach dem Aequivalenzprinzip; die Sozialversicherung nimmt auf die wirtschaftliche Lage der Versicherten Rücksicht (7). Damit erfolgt ein Ausgleich zwischen dem sozial Schwachen und dem Starken. Typisches Beispiel für diese Solidarität ist die AHV/IV.

---

1 Ausnahme von der Regel machen die obligatorischen Versicherungen, z.B. die Motorfahrzeugversicherung; hier werden bestimmte Personengruppen zum Abschluss eines Versicherungsvertrages gezwungen. Da der Versicherungsvertrag antragsbedürftig ist, kann der Versicherer einen Vertrag ablehnen; für ihr besteht kein Kontrahierungszwang, vgl. Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht S. 29, 83 N 1.

2 Hug Walther, SZS 1963 S. 193; Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht, S. 283.

3 Hug Walther, SZS 1963, S. 193.

4 Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 22; Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht S. 29.

5 Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 96; Maurer Alfred, Privatversicherungsrecht S. 99.

6 Hug Walther, SZS 1963 S. 194.

7 Dieser solidarische Ausgleich findet nicht in allen Zweigen der Sozialversicherung statt, Gysin Arnold, SZS 1964 S. 8; Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 6.

c) Die Durchsetzung der Rechte und Pflichten (1)

Streitigkeiten in privaten Versicherungsangelegenheiten müssen im zivilprozessualen Verfahren geltend gemacht werden (2).

Demgegenüber werden die Rechte und Pflichten aus einem Sozialversicherungsverhältnis grundsätzlich nicht durch den Zivilrichter, sondern durch kantonale Verwaltungsgerichte und letztinstanzlich durch das EVG beurteilt (3).

III. Sozialversicherungsrecht als Verwaltungsrecht

Für ein Versicherungsverhältnis der Privatversicherung ist in erster Linie der Versicherungsvertrag massgebend und ergänzend dazu das Versicherungsvertragsgesetz (4). Nach Art. 100 VVG gilt auch das Obligationenrecht, soweit das VVG nichts Abweichendes bestimmt. Die Versicherungsverhältnisse der Sozialversicherung werden durch die entsprechenden Sozialversicherungsgesetze des Bundes geregelt. Es gibt aber kein allgemeines Bundessozialversicherungsrecht; die Gesamtheit der einzelnen Sozialversicherungsgesetze mitsamt den Nebenerlassen wird als Sozialversicherungsrecht bezeichnet. Das Fehlen eines allgemeinen Teils wird heute allgemein als Nachteil empfunden. Die schweizerische Sozialversicherung ist aber nicht nach einheitlichem Plan gebaut, sondern ist Stück für Stück, häufig unter politischem Druck, durch Einzelgesetze geregelt worden. Deshalb sind die einzelnen Zweige der Sozialversicherung in ihrer rechtlichen Ausgestaltung vielfach

---

1 Koenig Willy, Privates und öffentliches Recht, S. 295, lehnt dieses Unterscheidungsmerkmal ab; der Gesetzgeber habe auf Grund von Zweckmässigkeitsüberlegungen entschieden, ob der Zivil-, der Verwaltungs- oder Versicherungsrichter zuständig sei.

2 Hug Walther, SZS 1963 S. 194.

3 Hug Walther, SZS 1963 S. 195; für die Krankenversicherung nach KUVG gilt das erst seit der Revision vom 13. März 1964.

4 Rückversicherungsverträge fallen nicht unter das VVG, vgl. Koenig Willy, Privatversicherungsrecht S. 21.

zu wenig aufeinander abgestimmt (1). Im Bereiche der Sozialversicherung gilt zur Hauptsache öffentliches Recht. Der Gesetzgeber hat den Versicherungsträgern staatliche Gewalt übertragen; deshalb ist das Bundessozialversicherungsrecht formell und materiell Verwaltungsrecht (2). Die allgemeinen Lehren und Grundsätze des Verwaltungsrechts gelten damit auch auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts.

---

1 Maurer Alfred, Rechtsfortbildung durch Rechtssprechung, SZS 1972 S. 181 f.

2 Huber Hans, SZS 1957 S. 6 ff; Gysin Arnold, SZS 1964 S. 18, allerdings skeptisch; Renggli Markus, SZS 1961 S. 1.

ZWEITER TEIL

DER GRUNDSATZ DER VERHAELTNISMAESSIGKEIT

§ 6 Allgemeine Rechtsgrundsätze

I. Begriff

Es gibt keinen einheitlichen Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze. Nach Meier-Hayoz (1) wird der Ausdruck in vier verschiedenen Bedeutungen verwendet. Einmal wird darunter eine Gesetzesnorm von grösserer Tragweite verstanden, etwa die Art. 2 und 27 ZGB (2). In einer zweiten Bedeutung ist mit allgemeinem Rechtsgrundsatz die ratio legis (3) gemeint (4). In einer dritten Bedeutung erscheinen als allgemeine Rechtsgrundsätze die aus mehreren Gesetzesvorschriften oder Rechtsinstituten gewonnenen Prinzipien (5). Schliesslich versteht man unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen aussergesetzliche Bewertungsmassstäbe (6), welche von jeder Rechtsordnung beachtet werden müssen, wenn sie überhaupt eine rechtliche Ordnung sein will (7). Diese vierte, massgeblich von Esser beeinflusste Meinung anerkennt also, dass es Grundsätze gibt, die als rechtlich bezeichnet werden und rechtliche Wirkungen entfalten können, ohne dass sie in einem Gesetz niedergelegt sind. Deshalb werden sie aussergesetzlich oder vorpositiv genannt, ihre Positivierung, d.h. Aufnahme in ein Gesetz, hat auf ihren Bestand keinen Einfluss (8).

---

1 Meier-Hayoz Arthur, a.a.O. N 405 - 413 zu Art. 1 ZGB.
2 Meier-Hayoz Arthur, a.a.O. N 406 f zu Art. 1 ZGB
3 Mit ratio legis bezeichnet man den Sinn einer Gesetzesvorschrift.
4 Meier-Hayoz Arthur, a.a.O. N 408 f zu Art. 1 ZGB.
5 Meier-Hayoz Arthur, a.a.O. N 410 f zu Art. 1 ZGB.
6 Meier-Hayoz Arthur, a.a.O. N 412 f zu Art. 1 ZGB; Esser Josef, a.a.O. S. 5, 8, 10 ff.
7 Forsthoff Ernst, Lehrbuch S. 70; er spricht von lapidaren Rechtsgrundsätzen und meint damit diese aussergesetzlichen Bewertungsmassstäbe.
8 Germann Oscar A., a.a.O. S. 155 unter Hinweis auf Esser.

Vorab in der deutschen Nachkriegs-Literatur wird die überstaatliche Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze betont, was angesichts der gesetzlichen Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus verständlich ist (1). Wieweit diese Tendenz auf das Naturrecht zurückgeht, kann hier dahingestellt bleiben (2), jedenfalls lehnen folgende Autoren diese vorpositive Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ab: Für Giacometti (3) können sie nur "verrechtlichte Rechtsgrundsätze und damit Verfassungsgrundsätze sein"; er führt denn auch die meisten allgemeinen Rechtsgrundsätze auf das Willkürverbot zurück, das seinerseits eine Ableitung aus dem ausdrücklichen Verfassungsprinzip der Rechtsgleichheit darstellt; für ihn sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze also sekundär abgeleitete Verfassungsgrundsätze (4). Nach Wolff (5) ergeben sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus der Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips und können daher von keinem Rechtsgenossen angezweifelt werden. Gerade aus diesem Grund lehnt Wolff eine vorpositive Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ab: sie sind "positiven Rechts, ohne doch von einer staatlichen Autorität gesetzt zu sein" (6). Für ihn ist das kein Widerspruch, "denn die Promulgation", d.h. die förmliche Verkündung, "die ein unverzichtbares Merkmal jedes geltenden "Gesetzes" ist, erfolgt hier durch und in den Gewissen der Rechtsgenossen" (7).

Grisel (8) nennt neben dem positiven Recht und dem Gewohnheitsrecht die allgemeinen Rechtsgrundsätze als der Rechtsordnung

---

1 Vgl. Germann Oscar A., a.a.O. S. 159 f; Esser Josef, a.a.O. S. 5, 10 ff; Krauss Rupprecht v., a.a.O. S. 39 ff.
2 Vgl. Germann Oscar A., a.a.O. S. 155 mit Nachweis der neueren Literatur zum Naturrecht.
3 Giacometti Zaccaria, a.a.O. S. 287 f.
4 Giacometti Zaccaria, a.a.O. S. 288 ff.
5 Wolff Hans J., Verwaltungsrecht Bd. I S. 118 f; ders., Rechtsgrundsätze S. 37 ff.
6 Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze S. 38.
7 Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze S. 38.
8 Grisel André, Droit Administratif S. 40.

inhärente Rechtsquellen, ohne sich ausdrücklich für oder gegen eine vorpositive Stellung auszusprechen (1).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze unbestrittenermassen als geschriebenes oder ungeschriebenes Verfassungsrecht angesprochen werden können und als solches in allen Bereichen der Rechtsordnung Geltung beanspruchen, also auch im Sozialversicherungsrecht (2).

II. Funktion

Da die allgemeinen Rechtsgrundsätze Verfassungsrang haben, muss auch der einfache Gesetzgeber sie beachten. Er ist also nicht frei, beispielsweise jedes beliebige Steuersystem einzuführen; er ist durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf jene Systeme beschränkt, die den Anforderungen der Gerechtigkeit (3) genügen. Nicht selten nimmt der Gesetzgeber allgemeine Rechtsgrundsätze in seine Normen auf, z.B. wenn er auf Recht und Billigkeit, Zumutbarkeit oder Treu und Glauben verweist. In diesen Fällen sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht mehr als solche, sondern als gesetztes Recht anwendbar; ihre Missachtung ist nicht Verfassungs- sondern Gesetzesverletzung.

Ihre eigentliche Bedeutung erlangen die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Hilfsmittel der Lückenfüllung. Eine Rechtsfrage ist zunächst nach den übrigen Rechtsquellen zu entscheiden, also nach Gesetz, Verordnung und Gewohnheitsrecht. Geben diese keine Auskunft, dann muss der Rechtsanwender auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgreifen. Im Verhältnis zu den positivrechtlichen

---

1 Aufzählung der verschiedenen allgemeinen Rechtsgrundsätze unten Ziff. III.

2 Renggli Markus, SZS 1961 S. 1 ff; Schäppi Christian, a.a.O. S. 170; BGE 98 Ia 366 mit Literaturhinweisen.

3 Zu diesem Begriff BGE 96 I 560 ff; "Die Gerechtigkeit aber lässt sich nicht näher umschreiben. Sie ist jedenfalls ein relativer Begriff, der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt".

Normen sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur subsidiär anwendbar (1). Nach Hinderling (2) sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze neben ihrer Funktion als Hilfsmittel der Lückenfüllung auch "Ausgangspunkt kritischer Betrachtungen des Resultats angewandter Normen". Das bedarf einer Präzisierung. Solange dem Rechtsanwender gesetzliche Normen zur Verfügung stehen, muss er sie anwenden. Mittels Auslegung ermittelt er den richtigen Sinn der Vorschrift. Erst wenn er trotz richtiger Auslegung keine oder eine widersinnige Antwort erhält, darf er auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgreifen. Trotz ihres höheren Ranges müssen die allgemeinen Rechtsgrundsätze vor dem Primat des Gesetzes zurücktreten (3).

III. Arten

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden gelegentlich auch "allgemeine Rechtsprinzipien", "allgemeine Rechtsgedanken", "Prinzipien" oder "Leitideen" genannt, ohne dass über die verschiedenen Bedeutungen dieser Begriffe Klarheit herrscht (4). Angesichts dieser uneinheitlichen Begriffsbestimmung erstaunt es nicht, dass bei der Aufzählung der allgemeinen Rechtsgrundsätze grösste Vielfalt herrscht. Forsthoff (5) zählt zu den lapidaren Rechtsgrundsätzen, wie er die allgemeinen Rechtsgrundsätze nennt, unter anderen (6) den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

---

1 Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze S. 52; Wannagat Georg, Lehrbuch S. 186.
2 Hinderling Hans G., a.a.O. S. 130.
3 Germann Oscar A., a.a.O. S. 156.
4 Esser Josef, a.a.O. S. 1.
5 Forsthoff Ernst, Lehrbuch S. 70.
6 Forsthoff erwähnt noch den Grundsatz, "dass der Mensch, soweit er Naturwesen ist und als solches isst, trinkt und schlä in den damit bezeichneten elementaren Bedürfnissen... einen unabdingbaren Anspruch auf staatlichen Schutz hat, der es aus schliesst, dass Eingriffe in diese Elementarsphäre zum Gegenstand staatlichen Zwangs gemacht und vollstreckt werden" (ebenda S. 70).

Demgegenüber unterscheidet Wolff (1) die allgemeinen von den besondern (2) Rechtsgrundsätzen. Zu den erstern rechnet er u.a. das Gleichheitsgebot, das Willkürverbot, Treu und Glauben und das Uebermassverbot (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Zu den besonderen Rechtsgrundsätzen zählt Wolff etwa das Verbot der Entscheidung in eigener Sache und den Grundsatz des vorherigen oder nachträglichen rechtlichen Gehörs (3).

Für Giacometti (4) lassen sich die meisten allgemeinen Rechtsgrundsätze aus dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot ableiten. Für ihn sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze "sekundär abgeleitete Verfassungsgrundsätze". Er rechnet dazu Treu und Glauben, die Rechtsgleichheit, das Prinzip nulla poena sine lege, die Verhältnismässigkeit und das Rückforderungsrecht nicht geschuldeter öffentlicher Schulden.

Grisel (5) zählt zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (règles générales) das Legalitätsprinzip, das öffentliche Interesse, den Gleichheitssatz, die Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Nichtrückwirkung.

---

1 Wolff Hans J., Verwaltungsrecht Bd. I. S. 118 f.

2 Für die allgemeinen Rechtsgrundsätze setzt Wolff allgemeine und typische Situationen und Interessenlagen voraus, "die lediglich bedingt sind durch die Existenz einer Vielheit von Menschen"; die besonderen Rechtsgrundsätze setzen wieder allgemeine und typische Interessenlagen voraus, die aber nicht lediglich durch die Existenz einer Vielheit von Menschen, sondern darüber hinaus durch soziale Lebensverhältnisse und Lebensordnungen bedingt sind; ebenda S. 119 sowie Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze S. 39 f.

3 Wolff Hans J., Rechtsgrundsätze S. 41; ders., Verwaltungsrecht Bd. I S. 119.

4 Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren S. 288 f.

5 Grisel André, Droit Administratif S. 40, 161 ff. Grisel bezeichnet die allgemeinen Rechtsgrundsätze aber nicht immer als règles générales; in seinem "Droit public" (S. 139 ff) nennt er sie "principes constitutionnels" und unterscheidet davon wieder "règles générales", verwendet diesen Ausdruck aber mit einem andern Inhalt, indem er z.B. die Verrechnung, die Verjährung, die ungerechtfertigte Bereicherung und die Verzugszinsen als "règles générales" bezeichnet.

Germann (1) und Meier-Hayoz (2) verzichten auf die Aufzählung von einzelnen allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Für das Sozialversicherungsrecht sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze erstmals von Schäppi (3) zusammenhängend behandelt worden. Er untersucht kurz die Grundsätze Treu und Glauben, die Gesetzmässigkeit, die Rechtsgleichheit, die Verhältnismässigkeit und die Nichtrückwirkung in ihrer Bedeutung für das Sozialversicherungsrecht.

IV. Anwendung

Wie bereits angetönt (4), ist der Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze begrenzt. Man kann sich einerseits nur auf sie berufen, wenn der Gesetzgeber dies vorsieht (5), also wenn im Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwiesen wird (6). Andererseits können die allgemeinen Rechtsgrundsätze als solche direkt angewendet werden, wenn der Gesetzgeber auf eine Rechtsfrage, die sich notwendigerweise stellt, keine Antwort gibt, d.h. wenn also eine echte Lücke vorliegt (7). Hier ist der Richter gehalten, auf dem Weg der Normergänzung (8) materielles Verfassungsrecht, zu dem auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gehören, als Verwaltungsrecht anzuwenden (9). Eine unechte Lücke (10) liegt vor, wenn die Auslegung einer Gesetzesnorm zu einem unmöglichen oder unbefriedigenden Er-

---

1 Germann Oscar A., a.a.O. S. 151 ff.
2 Meier-Hayoz Arthur, N. 405 ff zu Art. 1 ZGB.
3 Schäppi Christian, a.a.O. S. 165 ff.
4 Vgl. oben II
5 Grisel André, Droit Administratif S. 40.
6 Auf die Stellen, wo der Sozialversicherungsgesetzgeber auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verweist, komme ich unter § 8 zu sprechen.
7 Vgl. zum Lückenproblem Meier-Hayoz Arthur, N. 262 ff zu Art. 1 ZGB.
8 Maurer Alfred, SZS 1972 S. 185.
9 Giacometti Zaccaria, a.a.O. S. 285.
10 Vgl. dazu Meier-Hayoz Arthur, N. 275 ff zu Art. 1 ZGB.

gebnis führt. Da die Verwaltung und der Richter nach dem Legalitätsprinzip an das Gesetz gebunden sind, dürfen sie nur in Ausnahmefällen contra legem entscheiden, nämlich dann, wenn die Anwendung der Norm als missbräuchlich erscheint (1).

---

1 Meier-Hayoz Arthur, N. 296, 302 ff zu Art. 1 ZGB; Maurer Alfred, SZS 1972 S. 187.

§ 7 Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

I. Begriff

In einer ersten Bedeutung besagt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass ein staatlicher Eingriff die Rechte des Bürgers nur soweit beschneiden darf, als dies zur Erreichung des angestrebten Zwecks notwendig ist; diese Form des Grundsatzes wird auch Uebermassverbot oder Grundsatz der Notwendigkeit genannt (1 Eine Massnahme, die mehr verlangt, als die Herbeiführung des Erfolgs erfordert, ist übermässig; der Grundsatz verlangt die Beschränkung des Mittels auf das notwendige Mass (2). Wenn beispielsweise zur Erreichung eines bestimmten Zwecks verschiedene taugliche Mittel zur Verfügung stehen, so erlaubt das Uebermassverbot einzig die Anwendung jenes Mittels, das gerade stark genu ist, den verfolgten Zweck zu erreichen: so darf das Inverkehrbringen eines veterinärmedizinischen Produkts, dem beschränkte Heilwirkung zukommt, nicht einfach verboten werden, wenn durch eine entsprechende Gebrauchsanweisung der Gefahr unrichtiger Verwendung vorgebeugt werden kann (3). Der Grundsatz der Notwendigkeit oder das Uebermassverbot nimmt keine Rücksicht auf das öffe liche Interesse oder die Rechte des Betroffenen; das bedeutet, dass ein ganz geringes öffentliches Interesse einen schweren Eingriff in die Freiheit eines Bürgers verlangen kann, ohne rechtswidrig zu sein.

Im Gegensatz zu diesem Uebermassverbot nimmt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner zweiten Bedeutung auch Rücksicht auf die gegensätzlichen Interessen der Beteiligten. Er verlangt dann, dass Mittel und Zweck "auch im Hinblick auf einen bestimmten Faktor, nämlich auf die individuelle Freiheit des Bürgers,

---

1 Oberle Max, a.a.O. S. 14 f; v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 14 f; Lerche Peter, a.a.O. S. 22.
2 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 15.
3 BGE 57 I 227.

in einem bestimmten richtigen Verhältnis zueinander stehen" (1). In diesem engern Sinn verbietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein "Missverhältnis zwischen dem Nutzen der Allgemeinheit und dem Opfer des Einzelnen" (2). Je bedeutungsvoller das öffentliche Interesse am verfolgten Zweck ist, desto intensiver darf der notwendige Eingriff die Freiheit des Betroffenen einschränken. Dazu ein Beispiel aus dem Gebiet der Raumplanung: je grösser das öffentliche Interesse an der Erhaltung einer Landschaft ist, desto einschneidender dürfen Bauvorschriften sein, sie können sogar bis zum absoluten Bauverbot führen (3).

Nach Oberle besteht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nur in dieser zweiten Bedeutung und tritt in ein Gegensatzverhältnis zum Uebermassverbot (4). Demgegenüber sondert Krauss das Uebermassverbot nicht vollständig ab, sondern betrachtet es als ein Teilproblem des Grundsatzes; er bezeichnet die oben erwähnte zweite Bedeutung des Grundsatzes als Verhältnismässigkeit i.e.S., welche zusammen mit dem Uebermassverbot den Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.w.S. bildet (5). Dieser bedeutet demnach, dass ein staatlicher Eingriff verhältnismässig ist, wenn er vom Einzelnen nicht mehr als das unbedingt Notwendige verlangt und das notwendige Opfer des Einzelnen in einem vernünftigen Verhältnis steht zu dem im öffentlichen Interesse angestrebten Nutzen (6).

Demgegenüber unterscheidet die Rechtsprechung diese Bedeutungen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu wenig deutlich. "Verhältnismässigkeit" bedeutet bald Uebermassverbot, bald Verhältnismässigkeit i.e.S. und bald i.w.S. (7). Insbesondere spricht

---

1 Giacometti Zaccaria, a.a.O. S. 293
2 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 16; Bosshardt Oskar, a.a.O. S. 399; Oberle Max, a.a.O. S. 23 f.
3 Bosshardt Oskar, a.a.O. S. 399.
4 Oberle Max, a.a.O. S. 23 f.
5 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 17 f.
6 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 18.
7 Vgl. Oberle Max, a.a.O. S. 91 ff; Wyss Daniel, a.a.O. S. 47 f; Weber-Dürler Beatrice, a.a.O. S. 123; zur Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EVG vgl. unten § 14 und 15.

das Bundesgericht in seinem grundlegenden Urteil BGE 91 I 464 vo
Grundsatz der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit (1). Wie
unten in § 14 gezeigt wird, wendet das Bundesgericht in der Rege
aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im weitern Sinn an,
in dem die Notwendigkeit oder das Uebermassverbot schon inbegrif-
fen ist. Die besondere Erwähnung der Notwendigkeit erübrigt sich
entweder, oder dann sollte konsequenterweise von "den Grundsätze
der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit" gesprochen werden.
In den neuesten Urteilen ist nur noch die Rede vom Grundsatz der
Verhältnismässigkeit (2).

II. Abgrenzungen

1. Zur Rechtsgleichheit

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist in Art. 4 BV verankert (3)
Er gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Un-
gleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln
(4). Der Gleichheitssatz zielt auf grösstmögliche Gleichbehandlu
der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf möglichst schonende
Behandlung ab (5). Der Gleichheitsaatz vergleicht den zur Dis-
kussion stehenden Fall mit einem andern, bereits entschiedenen
Fall. Eine unzulässige Gleich- bzw. Ungleichbehandlung kann frü-
hestens beim zweiten Anwendungsfall entstehen (6). Demgegenüber
kann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit schon beim ersten
Fall verletzt werden. Es kann auch vorkommen, dass eine staat-
liche Massnahme beide Grundsätze zugleich verletzt.

---

1 Imboden Max, a.a.O. I S. 219 übernimmt diese Formulierung.
2 BGE 100 Ia 223; 99 Ia 37; 98 Ia 502; 97 I 335.
3 Art. 4 BV: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen."
4 Schwarzenbach Hans Rudolf, a.a.O. S. 61; Grisel André, Droit Administratif S. 174.
5 Weber-Dürler Beatrice, a.a.O. S. 124
6 V. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 71; Lerche Peter, a.a.O. S.29

2. Zur Willkür

Das Willkürverbot selbst ist ein aus Art. 4 BV (1) abgeleiteter Grundsatz. Nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung liegt Willkür vor, "wenn ein Entscheid nicht nur unrichtig, sondern darüber hinaus schlechthin unhaltbar ist" (2). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann aber schon verletzt sein, ohne dass bereits Willkür vorliegt. Nur in jenen Fällen, wo die Unverhältnismässigkeit schwer bzw. das Uebermass offensichtlich ist, überschneiden sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Willkürverbot (3). Das lässt sich am besten anhand einer Skala von null bis zehn veranschaulichen: während bei null überhaupt kein Eingriff erfolgt, sind die Eingriffe, die ihrer Intensität nach zwischen null und drei liegen, noch verhältnismässig; bei vier beginnt das Uebermass bzw. die Unverhältnismässigkeit. Willkür liegt aber erst vor, wenn das Uebermass offensichtlich oder die Unverhältnismässigkeit krass wird, wenn auf der genannten Skala z.B. der Wert acht überschritten wird.

III. Die Entwicklung des Grundsatzes

Während der absolutistischen Staatsgewalt (4) praktisch keine Grenzen gesetzt waren, brachte das Naturrecht (5) eine entschei-

---

1 Vgl. N 3 hievor, S. 38.
2 BGE 93 I 6 und dort zitierte Judikatur.
3 Oberle Max, a.a.O. S. 92 ff; BGE 97 I 205; BGE 77 I 110.
4 "Absolutismus ist eine Regierungsform, bei der die Herrschaftsgewalt von ihrem Inhaber "absolut", d.h. ohne Mitwirkung anderer autonomer Gewalten ausgeübt wird" (Creifelds Rechtswörterbuch, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1968, Stichwort Absolutismus); hauptsächlich im 17. und 18. Jh. mit abruptem Ende durch die französische Revolution.
5 "Naturrecht im rechtsphilosophischen Sinne ist das Recht, das sich aus der menschlichen Natur ableitet und das demgemäss aus der reinen Vernunft, die allen Menschen eigen ist, erkennbar ist. Das Naturrecht ist daher für alle Zeiten gültig, von Raum und Zeit unabhängig... Es wurde zu Beginn des 19. Jh. durch die historische Rechtsschule (Savigny) weitgehend verdrängt"; Renaissance nach dem zweiten Weltkrieg (Creifelds Rechtswörterbuch (Zit. soeben N 4), Stichwort Naturrecht).

dende Wende: der Staat soll die Freiheit des Einzelnen nur soweit einschränken, als dies für die Freiheit und Sicherheit aller notwendig ist (1). Da ursprünglich das Schwergewicht der öffentlichen Verwaltung bei der Eingriffsverwaltung (2) lag und diese sich hauptsächlich mit Polizeiaufgaben befasste, war der Grundsatz der Verhältnismässigkeit vornehmlich als polizeirechtliches Prinzip bekannt und sein Anwendungsbereich war denn auch lange auf das Polizeirecht beschränkt (3).

Mit der Wandlung zum modernen Sozialstaat (4) gewinnt die Leistungsverwaltung immer mehr an Bedeutung. Heute ist unbestritten, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu einem umfassenden Grundsatz des gesamten Verwaltungsrechts geworden ist (5).

---

1 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 4 f; Schäppi Christian, a.a.O. S. 194.

2 "Eingriffsverwaltung ist der Teil des öffentlichen Verwaltungshandelns, der mit hoheitlichen Anordnungen in die Rechts- und Freiheitssphäre der Rechtsunterworfenen eingreift... Im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung steht die Leistungsverwaltung, die der "Daseinsvorsorge" für die Bürger sowie wirtschafts- und sozialpolitischen Zwecken dient..." (Creifelds Rechtswörterbuch (Zit. soeben N 4 S. 39), Stichwort Eingriffsverwaltung).

3 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 6; Bosshardt Oskar, a.a.O. S. 396.

4 "Sozialstaat wird ein Staat genannt, der dem Postulat der sozialen Gerechtigkeit in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung möglichst weitgehend nachzukommen sucht. Ziel des Sozialstaates ist es danach, grössere soziale Unterschiede innerhalb der Gesellschaft abzubauen und jeder Bevölkerungsgruppe einen angemessenen Lebensstandard zu sichern" (Creifelds Rechtswörterbuch (Zit. soeben N 4 S. 39), Stichwort Sozialstaat); die ersten Ansätze eines Sozialstaats im modernen Europa finden sich am Ende des vorigen Jahrhunderts bei Bismarck; vgl. auch HDSW VIII S. 755.

5 Imboden Max, a.a.O. Bd. I S. 220; Grisel André, Droit Administratif S. 184; BGE 94 I 496.

IV. Das vom Grundsatz geschützte Recht

Während bei der Eingriffsverwaltung der Grundsatz der Verhältnismässigkeit den Bürger vor unverhältnismässigen Freiheitsbeschränkungen schützt, verbietet er bei der Leistungsverwaltung hauptsächlich die ungerechtfertigte Verweigerung oder die Kürzung seiner Ansprüche auf staatliche Leistungen (1). Der Entzug oder die Kürzung eines Leistungsanspruchs setzt notwendigerweise voraus, dass ein Anspruch überhaupt besteht. Sind die Voraussetzungen zur Gewährung des Anspruchs gegeben, erfüllt z.B. in der Sozialversicherung der Leistungsbezüger die versicherungsmässige Voraussetzungen, so darf ihm sein Recht nur dann beschnitten werden, wenn er sich ordnungswidrig verhält. Der Eingriff in sein Recht ist deshalb die Sanktion, die "Strafe" für sein Verhalten. Nur in diesen Fällen kann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zum Tragen kommen. Die Festsetzung der "gerechten Prämie" hat mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nichts zu tun; die Pflicht zur Bezahlung der Prämie belastet zwar den Versicherten, sie ist aber kein Eingriff in ein ihm zustehendes Recht.

Im dritten Teil der Arbeit werden zuerst jene Bestimmungen der Sozialversicherungsgesetzgebung herausgegriffen, die eine Beschränkung der Rechte der Versicherten zulassen und für die der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtlich ist. Sodann wird die Rechtssprechung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit untersucht.

---

1 Bosshardt Oskar, a.a.O. S. 394.

DRITTER TEIL

DER GRUNDSATZ DER VERHAELTNISMAESSIGKEIT IM SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

1. ABSCHNITT
DER GRUNDSATZ IN DER GESETZGEBUNG

§ 8 Die Möglichkeiten des Gesetzgebers

I. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber muss der Verwaltung Anweisungen erteilen. Er ist dabei an die Verfassung und an die allgemeinen Rechtsgrundsätze gebunden. Wenn er für einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht, legt er selbst fest, was Rechtens ist. Dadurch ist die Verwaltung gebunden; ihr verbleibt kein Ermessen, und sie braucht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht zu beachten.

Ebenso braucht die Verwaltung den Grundsatz nicht zu beachten, wenn das Gesetz bei einem gegebenen Tatbestand die Anwendung einer bestimmten Rechtsfolge der Verwaltung überlässt; das ist der Fall bei den sog. Kann-Vorschriften. Die Verwaltung kann nur wählen, ob sie tätig werden will; bezüglich der Massnahme ist sie nicht frei (1). So kann nach KUVG 5 Abs. 3 die Krankenkasse eine bei der Aufnahme schon bestehende Krankheit von der Versicherung ausschliessen; sie ist aber in der Rechtsfolge nicht frei, sondern auf einen höchstens fünf Jahre laufenden Vorbehalt beschränkt; immerhin kann die Kasse den Vorbehalt nach ihrem Ermessen auf weniger als fünf Jahre festsetzen.

---

1 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 73 f.

In diesen Fällen verwirklicht der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit selbst; er bestimmt die Art und das Mass - oder allenfalls das Höchstmass - der Sanktion.

II. Die Enumeration

Ueberlässt der Gesetzgeber der Verwaltung bei einem festen Tatbestand die Wahl zwischen mehreren Massnahmen (sog. Enumeration), so ist die Verwaltung an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden; ihr steht nicht das ganze vom Gesetz zur Verfügung gestellte Spektrum zur Wahl, sondern einzig jene Massnahme, die zur Erreichung des verfolgten Zwecks gerade ausreicht und im Verhältnis zur Freiheitsbeschränkung als zulässig erscheint. Das der Verwaltung formell eingeräumte Ermessen wird durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit stark eingeschränkt oder ganz beseitigt (1). Es ist allerdings zu beachten, dass sich der Verwaltung beim Entscheid über die Verhältnismässigkeit der verfügten Massnahme ein neuer Ermessensspielraum öffnet. Augenfälligste Beispiele dieser Enumerationsmethode sind die Strafdrohungen des Strafrechts. Dem Dieb droht Freiheitsentzug zwischen drei Tagen und fünf Jahren; kein Richter wird nun in einem schweren Fall die geringste oder umgekehrt in einem leichten Fall die schwerste Strafe aussprechen, obwohl ihm diese Möglichkeit formell offensteht; er wird den Angeschuldigten zu einer angemessenen Strafe verurteilen.

Die Enumerationsmethode ist ein direkter Verweis des Gesetzgebers auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wobei er selbst die Grenzen absteckt.

III. Die Generalklausel

Je verschiedenartiger die unter einem bestimmten Tatbestand subsumierten Sachverhalte sind, desto schwieriger wird es für den Gesetzgeber, die Rechtsfolgen in einer Rahmenvorschrift zu bestimmen. Er behilft sich dann mit einer Generalklausel, indem er

1 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 75 f spricht in diesem Zusammenhang von abstraktem und konkretem Ermessen.

die Verwaltung etwa anweist, "das Erforderliche vorzukehren" oder "die notwendigen Massnahmen zu treffen".

In diesen Fällen muss die Verwaltung vorerst den im Einzelfall verfolgten Zweck ermitteln, dann das notwendige Mittel bestimmen und schliesslich prüfen, ob das gewählte Mittel in Bezug auf den beabsichtigten Erfolg vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bestehen kann (1).

Die Generalklausel ist ebenfalls ein Verweis des Gesetzgebers auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit; angesichts der Verschiedenheit der möglichen Tatbestände unterlässt er es aber, das Ermessen der Verwaltung durch Minimal- und Maximalvorschriften formell zu beschränken.

---

1 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 81 f.

§ 9 Der Grundsatz in der sozialen Krankenversicherung

I. Allgemeines

1. Grundzüge des Gesetzes

Mit dem Erlass des KUVG vom 13. Juni 1911, erster und dritter Titel, wurde die Krankenversicherung nicht erst ins Leben gerufen sondern für die zahlreichen schon bestehenden Krankenkassen ein Subventionsgesetz geschaffen, sofern diese bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllen. Das Gesetz stellt Mindestanforderungen auf, darüber hinaus "richten sich die Krankenkassen nach ihrem Gutfinden ein" (1). Dieses gesetzgeberische Vorgehen bringt es mit sich, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Bereich der Krankenversicherung grosse Bedeutung zukommt.

Mit der Revision des KUVG vom 13. März 1964 wurde die Krankenversicherung auch materiell weitgehend bundesrechtlich normiert. Die Kassen sind nach KUVG 30 verpflichtet, schriftliche Verfügungen zu erlassen, welche verwaltungsgerichtlich angefochten werden können. Diese Regelung führt dazu, dass private anerkannte Krankenkassen zu Trägern öffentlicher Gewalt werden und Verwaltungstätigkeit ausüben (2). Das Versicherungsverhältnis - und damit auch das Prämienverhältnis - sind demnach öffentlich-rechtlicher Natur.

---

1 KUVG 1 Abs. 2 zweiter Halbsatz.

2 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 10 mit Hinweisen; ders. SZS 1972 S. 201 ff; Bridel Marcel, a.a.O. S. 5 ff möchte KUVG 30 revidiert haben soweit er die privaten anerkannten Kassen betrifft. Bridel stösst sich hauptsächlich daran, dass die Verfügungen der Krankenkassen - einmal in Rechtskraft erwachsen - einem vollstreckbaren Urteil im Sinne von SchKG 80 gleichgestellt sind, wodurch die Krankenkassen gegenüber der SUVA privilegiert sind.

2. Die anerkannten Krankenkassen

Träger der sozialen Krankenversicherung sind die vom Bund anerkannten Krankenkassen. Es ist zu unterscheiden einerseits zwischen privaten und öffentlichen, andererseits zwischen offenen und geschlossenen Kassen. Die privaten Kassen sind als Vereine, Genossenschaften oder Stiftungen organisiert; die privatrechtlichen Normen beherrschen das Mitgliedschaftsverhältnis zwischen der Kasse und dem Mitglied (1). Die öffentlichen Kassen werden vom Gemeinwesen - Bund, Kanton oder Gemeinde - als öffentlich-rechtliche Einrichtungen ins Leben gerufen oder gänzlich in die allgemeine Verwaltung integriert. Einer offenen Kasse kann grundsätzlich jedermann beitreten, während geschlossene Kassen nur einen bestimmten Personenkreis, beispielsweise die Angehörigen eines Betriebes aufnehmen.

3. Die Gegenseitigkeit

Die Krankenkassen sind nach KUVG 3 Abs. 3 verpflichtet, die Versicherung nach den Grundsätzen (2) der Gegenseitigkeit zu betreiben. Das EVG entwickelte diese ihrer Stellung nach aufsichtsrechtliche Vorschrift zu einem Fundamentalsatz (3) und leitet daraus verschiedene Prinzipien und allgemeine Rechtsgrundsätze ab, so das Aequivalenzprinzip (4), das Gewinnverbot (5), das Verbot un-

---

1 Bis zur Revision vom 13. März 1964 beherrschte das Privatrecht zur Hauptsache auch das Versicherungsverhältnis.

2 In KUVG 41 Abs. 2 ist für die obligatorische Unfallversicherung lediglich noch vom Grundsatz der Gegenseitigkeit die Rede. Die ungleiche Bezeichnung dürfte auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen sein und ist weiter nicht beachtlich; hingegen ist es ein weiteres Beispiel mangelhafter Koordination im Sozialversicherungsrecht, vgl. dazu Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 37 f; Gysin Arnold, Mannigfaltigkeit und Koordination in der schweizerischen Sozialversicherung, SZS 1958 S. 1 f.

3 Vgl. Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 5 f.

4 EVGE 1968 S. 164.

5 KUVG 28; EVGE 1967 S. 11.

gleicher Behandlung (1) und den Grundsatz der Verhältnismässigke
Mit Bezug auf den letzten sagt das EVG: "Für das Handeln der vom
Bund anerkannten Krankenkassen folgt die Gültigkeit des Prinzips
der Verhältnismässigkeit aus Art. 3 Abs. 3 KUVG." (2). Da es sic
beim Grundsatz der Verhältnismässigkeit um einen allgemeinen
Rechtsgrundsatz handelt und er als solcher ohnehin im gesamten
Verwaltungsrecht gilt, ist es überflüssig, seine Geltung für die
Krankenversicherung noch besonders abzuleiten, und zwar aus eine
Vorschrift, die aufsichtsrechtlichen Charakter hat und nicht das
Verhältnis der Kasse zu den Versicherten betrifft. KUVG 3 Abs. 3
ist deshalb nicht die Grundlegung, sondern eine Konkretisierung,
eine ausdrückliche Bestätigung des ungeschriebenen Grundsatzes
der Verhältnismässigkeit.

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber

1. Der Ausschluss aus der Kasse

Der Ausschluss ist die schwerste Sanktion, die eine Kasse gegen-
über einem Versicherten ergreifen kann. Er soll deshalb nur als
ultima ratio verfügt werden, d.h. wenn mit milderen Mitteln der
verfolgte Zweck nicht erreicht wurde oder überhaupt nicht erreic
werden kann. Da das KUVG hauptsächlich Minimalvorschriften ent-
hält, begnügt es sich bei den Ausschlussgründen mit einer negati
ven Umschreibung in Art. 11:

> "Ausschluss aus Kassen. Die Kassen dürfen keine Mit-
> glieder aus konfessionellen oder politischen Gründen
> ausschliessen."

Damit ist lediglich entschieden, dass ein Ausschluss aus den er-
wähnten Gründen nicht in Frage kommt, hingegen alle andern denk-
baren Ausschlussgründe grundsätzlich möglich sind; KUVG 11 ist
daher eigentlich eine Generalklausel.

---

1 RSKV 1971 S. 17.
2 EVGE 1968 S. 162.

Steht eine Kasse nur den Angehörigen einer bestimmten Konfession oder politischen Partei offen, so kann sie selbstverständlich jene Mitglieder ausschliessen, die während der Versicherungsdauer die religiösen oder politischen Eintrittsvoraussetzungen verlieren, ohne dadurch gegen KUVG 11 zu verstossen. Eine ähnliche Wirkung wie der Ausschluss hat die Verweigerung der Aufnahme in eine Kasse. Unter dem Marginale "Recht auf Mitgliedschaft" bestimmt KUVG 5 Abs. 3, dass das Aufnahmegesuch eines Beitrittswilligen - sofern er die statutarischen Aufnahmebedingungen erfüllt, KUVG 5 Abs. 1 - nicht aus gesundheitlichen Gründen abgelehnt werden darf. Um zu verhindern, dass bereits bestehende Krankheiten vom Versicherungsschutz erfasst werden, gestattet KUVG 5 Abs. 3 den Kassen, diese oder rückfallträchtige Krankheiten durch einen Vorbehalt auszuschliessen; das Gesetz beschränkt die Höchstdauer eines Vorbehalts auf fünf Jahre.

2. Der Leistungsentzug

Der Leistungsentzug kommt in Frage, wenn der Versicherte in schwerwiegender Weise gegen die Statuten und Reglemente der Kasse verstösst. Das Gesetz regelt diese Fälle nicht selbst.

Vo II 6 enthält eine Sondervorschrift für die Kollektivversicherung und bestimmt, dass den Versicherten die Leistungen nicht entzogen werden dürfen, wenn der Versicherungsnehmer bzw. das Mitglied mit der Beitragszahlung im Rückstand ist.

Eine weitere Verwirklichung des Grundsatzes findet sich in Vo III 38, einer Sonderbestimmung für Tuberkulosekranke. Diesem werden sämtliche Leistungen entzogen, wenn er sich nicht in eine dafür vorgesehene Heilanstalt begibt oder sich den krankheitsspezifischen ärztlichen Anordnungen widersetzt.

3. Die Leistungskürzung

Von Leistungskürzung ist einzig in KUVG 26 (1) wegen Uebérversicherung die Rede. Abs. 1 statuiert das Gewinnverbot für den Versicherten, die übrigen Absätze enthalten Kollisionsnormen für das Zusammentreffen verschiedener Sozialversicherungsleistungen. KUVG 26 ist daher keine Verwirklichung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

Es fällt auf, dass das Gesetz keine Vorschrift enthält, ob und in welchem Umfang die Leistungen zu kürzen sind, wenn der Versicherte den Krankheitsfall schuldhaft herbeiführt oder verschlimmert; Kürzungsregeln, wie sie beispielsweise in KUVG 98 für die SUVA, in AHVG 18 Abs. 1 und IVG 7 bestehen (2).

4. Uebrige belastende Eingriffe

a) Selbstbehalt, Franchise und Krankenscheingebühr

Um Ueberarztung und Bagatellfälle von der Versicherung fernzuhalten, beschreiten die Kassen den Weg der Kostenbeteiligung des Versicherten. Dadurch werden die Aerzte vor Ueberbeanspruchung verschont, die Kassen finanziell entlastet und der Heilungswille des Patienten gefördert (3). Die Kassen können aber ihre Versicherten nicht beliebig stark belasten; der Selbstbehalt ist in KUVG 14bis

---

1 In einem andern Zusammenhang findet sich in KUVG 12bis Abs. 4 ein Verweis auf diesen Art. 26.

2 Eine mögliche Erklärung für das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift wäre die, dass man i.d.R. Krankheiten nicht schuldhaft herbeiführen kann; eine solche Vorschrift wäre aber durchaus sinnvoll und findet sich regelmässig in den Statuten der Kassen für die Fälle, in denen sich der Versicherte ohne Vorsichtsmassnahmen einer Ansteckungsgefahr aussetzt, etwa ohne vorbeugende Mittel in die Tropen reist und an Malaria erkrankt; ein weiteres Anwendungsgebiet einer solchen Vorschrift wären jene Fälle, in denen der Versicherte durch sein unzweckmässiges Verhalten den Heilverlauf negativ beeinflusst. Die Rechtssprechung behob diesen Mangel, indem sie aus dem Gegenseitigkeitsprinzip - KUVG 3 Abs. 3 - entsprechende Kürzungsregeln ableitet, vgl. EVGE 1969 S. 11.

3 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 35.

Abs. 1 auf 10 % beschränkt, die Franchise in Vo V 25 geregelt und beträgt je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Versicherten Fr. 30.- bis mindestens Fr. 60.- je Krankheitsfall. Die Krankenscheingebühr darf nach Vo V 29 Fr. 2.- nicht übersteigen.

b) Die freie Arztwahl

Das Gesetz garantiert in Art. 15 Abs. 1 dem Versicherten zwar die freie Wahl unter den an seinem Wohnort praktizierenden Aerzten, bestimmt aber in KUVG 16 und 17, wieweit die Kassen diese Freiheit beschneiden können.

Die Kassen können die Behandlung ihrer Mitglieder ausschliesslich den sog. Vertragsärzten anvertrauen. Das Wahlrecht entfällt ganz, wenn der Versicherte in eine Heilanstalt eintritt. Auch in der Wahl der Heilanstalt ist der Versicherte nicht frei, das Gesetz regelt diese Beschränkung in KUVG 19bis selbst; aus ökonomischen Gründen wird vom Versicherten erwartet, dass er sich in die seinem Wohnort nächstgelegene Heilanstalt begibt.

c) Die Rechtspflege

KUVG 30bis bestimmt, welchen Anforderungen das kantonale Versicherungsgerichtsverfahren zu genügen hat; nach Abs. 3 lit. a ist es für die Parteien grundsätzlich kostenlos, "wobei jedoch in Fällen leichtsinniger oder mutwilliger Beschwerdeführung dem Beschwerdeführer eine Spruchgebühr und die Verfahrenskosten auferlegt werden können". Auch hier bestimmt der Gesetzgeber selbst, welche Sanktionen angemessen sind.

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz

"Soweit das Gesetz keine entgegenstehenden Vorschriften enthält, richten sich die Krankenkassen nach ihrem Gutfinden ein" (1). Diese Generalklausel lässt den Kassen freie Hand, soweit das Gesetz nicht selbst etwas bestimmt. Zu den entgegenstehenden Vorschriften gehören aber auch die allgemeinen Lehren und Grundsätze des Verwaltungsrechts. KUVG 1 Abs. 2 verpflichtet deshalb die Kassen sinngemäss, auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, und zwar auch in jenen Bereichen, in denen sich die Kassen nach ihrem Gutfinden einrichten können.

KUVG 3 Abs. 3 schreibt den Kassen vor, die Krankenversicherung nach den Grundsätzen der Gegenseitigkeit zu betreiben. Nach diesem Gegenseitigkeitsprinzip, das eine Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist (2), sind die Kassen ebenfalls verpflichtet, bei ihren Sanktionen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die meisten Urteile des EVG zur Krankenversicherung, die sich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen, stützen sich auf KUVG 3 Abs. 3. Sie könnten sich ebensogut auf KUVG 1 Abs. 2 berufen, denn diese Vorschrift enthält einen stillschweigenden Verweis des Gesetzgebers auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

---

1 KUVG 1 Abs. 2 zweiter Halbsatz.
2 Vgl. oben II. Ziff. 1 lit. c.

§ 10 Der Grundsatz in der obligatorischen Unfallversicherung

I. Allgemeines

Der Gesetzgeber konnte bei der Schaffung dieses Zweiges der Sozialversicherung nicht wie bei der sozialen Krankenversicherung auf bestehende Einrichtungen zurückgreifen. Der Versicherungsträger, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), musste erst errichtet werden (1). Deswegen konnte die obligatorische Unfallversicherung im KUVG selbst vollständig ausgestaltet werden, der Gesetzgeber brauchte sich nicht mit Minimal- und Rahmenvorschriften zu begnügen.

Versichert sind alle Arbeitnehmer der versicherungspflichtigen Betriebe. Versicherungspflichtig sind jene Betriebe, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen und durch Verfügung der SUVA der Versicherungspflicht unterstellt worden sind.

Versicherte Risiken sind die Betriebs- und die Nichtbetriebsunfälle. Den Betriebsunfällen sind die Berufskrankheiten gleichgestellt, Arbeitswegunfälle gelten als Nichtbetriebsunfälle. Die Unterteilung ist von Bedeutung, weil die Mittel für die Betriebsunfälle von den Arbeitgebern, jene für Nichtbetriebsunfälle von den Arbeitnehmern aufgebracht werden müssen.

Die Leistungen der SUVA bestehen in Krankenpflege und Krankengeld, bei Invalidität in einer Rente; beim Tod eines Versicherten richtet die SUVA eine Bestattungsentschädigung und Hinterlassenenrenten aus (2).

---

1 KUVG 41 Abs. 1.
2 Für Näheres über die obligatorische Unfallversicherung vgl. Maurer Alfred, Recht und Praxis; sowie ders., Bundessozialversicherungsrecht S. 56 ff.

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber

1. Der Ausschluss von der Versicherung

a) Kein Ausschluss der Versicherten

Die Anstalt kann keinen Versicherten ausschliessen; dies würde dem Sinn einer obligatorischen Versicherung zuwiderlaufen.

b) Ausschluss bestimmter Risiken

Während in der Betriebsunfallversicherung keine Ausschlüsse zulässig sind, kann die Anstalt gemäss KUVG 67 Abs. 3 Satz 2 aussergewöhnliche Gefahren und Wagnisse von der Versicherung ausschliessen. Durch diese Regelung bestimmte der Gesetzgeber selbst dass der Ausschluss bestimmter Risiken mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar ist. Hingegen sagt das Gesetz nicht selbst, was eine aussergewöhnliche Gefahr und was ein Wagnis ist. Die SUVA hat die aussergewöhnlichen Gefahren durch Verwaltungsratsbeschluss vom 31.10.1967 abschliessend katalogisiert (1), den Wagnisbegriff aber nur generell umschrieben; das EVG hat den Wagnisbegriff weiterentwickelt (2).

2. Der Leistungsentzug

a) Leistungsentzug wegen versäumter Anzeigepflicht

Der Versicherte - bei seinem Tod die Hinterlassenen - ist verpflichtet, den Betriebsinhaber unverzüglich zu informieren, wenn er einen Unfall erlitten hat. Der Betriebsinhaber seinerseits mus

---

1 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 148, 153 ff; als aussergewöhnliche Gefahren gilt z.B. die Beteiligung an Raufereien und Schlägereien, vgl. den Wortlaut bei Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 73.

2 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 74.

diese Meldung unverzüglich an die Anstalt weiterleiten. Unterbleibt diese Meldung aus unentschuldbaren Gründen, so entzieht die Anstalt ihre Leistungen ganz oder teilweise (1).

Verletzt der Betriebsinhaber, nicht aber der Versicherte seine Anzeigepflicht, richtet die SUVA die Leistungen ungekürzt aus, kann sie aber vom Betriebsinhaber zurückfordern. Versäumt der Versicherte selbst seine Anzeigepflicht, besteht die Sanktion im gänzlichen oder teilweisen Entzug der auf die Zwischenzeit entfallenden Geldleistungen. Dauert die unentschuldbare Verspätung länger als drei Monate, steigt m.a.W. die Schwere des Verschuldens, wächst auch die Härte der Sanktion: die Anstalt kann sämtliche Leistungen, also auch die zukünftigen, entziehen (2).

Der Gesetzgeber hat mit diesem der Schwere des Verschuldens angepassten System von Sanktionen selbst festgelegt, was verhältnismässig ist und was nicht. Dieses System ist gerechtfertigt, denn das Meldewesen und damit das Funktionieren der Verwaltung muss gewährleistet sein, ansonst könnte die Anstalt ihrer gesetzlichen Aufgabe der Untersuchung der Versicherungsfälle (Offizialmaxime) nicht mehr nachkommen (3).

b) Leistungsentzug wegen absichtlicher Herbeiführung des Unfalls

Nach KUVG 98 Abs. 1 verliert der Versicherte mit Ausnahme der Bestattungsentschädigung alle Ansprüche auf Versicherungsleistungen, wenn er den Unfall absichtlich herbeigeführt hat. Dass diese Sanktion sich aufdrängt, bedarf keiner weiteren Begründung (4).

---

1 KUVG 69 und 70; vgl. auch unten III. Ziff. 1.
2 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 167.
3 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 77.
4 Der vom EVG für die obligatorische Unfallversicherung entwikkelte Unfallbegriff umfasst "die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines mehr oder weniger ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper"; wer den "Unfall" absichtlich herbeiführt, erleidet eben keinen Unfall im Sinne der Rechtssprechung, denn es fehlt dann an der Unfreiwilligkeit; vgl. Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 86, 96, 120 und 311 Ziff. 2.

Führen die Hinterlassenen den (tödlichen) Unfall des Versicherten absichtlich oder grobfahrlässig herbei, verlieren sie ihre Ansprüche ebenfalls. Dass der Gesetzgeber die Hinterlassenen schärfer bestraft, indem er auch grobe Fahrlässigkeit als Entzugsgrund anerkennt, wird von Maurer kritisiert (1).

3. Die Leistungskürzung

Bei den Leistungskürzungen hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht selbst verwirklicht, er begnügt sich mit einem Verweis (2).

4. Andere Sanktionen

Wer einen Betrieb eröffnet, der für die obligatorische Versicherung in Frage kommt, ist verpflichtet, der SUVA hievon Kenntnis zu geben, KUVG 63. Versäumt der Betriebsinhaber die Anmeldung in unentschuldbarer Weise, muss er die auf die Zwischenzeit entfallende Prämie doppelt bezahlen. Damit hat der Gesetzgeber die Art und das Mass der Sanktion selbst festgelegt (3).

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz

1. Die Sanktion verletzter Meldepflicht

Das Sanktionensystem bei verletzter Meldepflicht ist vom Gesetzgeber selbst festgelegt worden (4). Er begnügt sich mit einer Grobeinteilung und überlässt es der Anstalt, ob sie im Einzelfall die Leistung gänzlich oder teilweise entziehen will. Sie wird die Schwere des Verschuldens und die Auswirkungen der verhängten Sanktion auf den Anzeigepflichtigen berücksichtigen (5); das ist

---

1 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 313.
2 Vgl. hienach III.
3 Diese Bestimmung ist in der Praxis ohne Bedeutung geblieben, der Betrieb wird einfach rückwirkend unterstellt, vgl. Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 46 N 34 a.
4 Vgl. oben II. Ziff. 2 lit. a.
5 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 167.

die Anweisung des Gesetzgebers an die Anstalt, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

2. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des Unfalls

Hier hat der Gesetzgeber die Grobeinteilung selbst vorgenommen, indem er positiv bestimmt, dass bei absichtlich herbeigeführten Unfällen die Leistungspflicht der Anstalt vollständig entfällt; bei einfachem Verschulden, d.h. dann, wenn weder Absicht noch grobe Fahrlässigkeit vorliegt, darf überhaupt keine Leistungskürzung vorgenommen werden (1).

"Hat der Versicherte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt, so werden die Versicherungsleistungen mit Ausnahme der Bestattungsentschädigung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnisse gekürzt" (2). Das ist der wichtigste Kürzungstatbestand, und hier verweist das Gesetz ausdrücklich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Anstalt muss also innerhalb der groben Fahrlässigkeit abstufen und in schweren Fällen die Kürzung hoch, in "leichten" Fällen grober Fahrlässigkeit tief ansetzen (3).

Das Gesetz sagt nicht selbst, was leichte oder einfache und was grobe Fahrlässigkeit ist. Das Sozailversicherungsrecht hat diesen Begriff aus dem Zivilrecht übernommen (4), wie ihn die Rechtsprechung entwickelt hat (5). Danach handelt grobfahrlässig, wer "unter Verletzung elemantarster Vorsichtsgebote das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen hätte einleuchten müssen" (6).

---

1 Das ergibt sich durch Umkehrschluss aus KUVG 98 Abs. 3, der eine Kürzung der Leistungen einzig wegen grober Fahrlässigkeit zulässt.
2 KUVG 98 Abs. 3.
3 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 317.
4 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 313 Ziff. 1.
5 Vgl. Oftinger Karl, a.a.O. Bd. I. S. 133; BGE 92 II 253.
6 BGE 98 V 228 f.

Das Ausmass der Kürzung hat sich im Lauf der Zeit zugunsten der Versicherten verringert und liegt heute in der Regel zwischen 10 - 30 % (1).

3. Die Sanktion nicht befolgter Weisungen

a) Weisungen an den Versicherten

Die SUVA ist gesetzlich verpflichtet, die ihr zur Kenntnis gebrachten Unfälle zu untersuchen und die entsprechenden gesetzlichen Leistungen zu erbringen. Dieser Pflicht entspricht das Recht der Anstalt, dem Versicherten Weisungen zu erteilen, um eine möglichst zweckmässige Behandlung zu gewährleisten; der entsprechend Art. 71 Abs. 3 erster Halbsatz KUVG lautet: "Die Anstalt trifft jederzeit die nötigen Anordnungen zur zweckmässigen Behandlung des Versicherten". Die Anstalt darf aber nicht jede beliebige, auch nicht jede geeignete Massnahme anordnen, sondern nur zweckmässige. Zur Zweckmässigkeit gehört, dass sie für den Versicherten zumutbar ist (2). Die Anstalt muss bei diesen Eingriffen in die persönliche Integrität des Versicherten den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.

Widersetzt sich der Versicherte diesen Anordnungen in unentschuldbarer Weise, so darf ihm die SUVA die Versicherungsleistungen für die Zukunft ganz oder teilweise entziehen (KUVG 71 Abs. 3 zweiter Halbsatz). Auch diese Sanktion muss vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bestehen können (3). Mit der Wendung "ganz oder teilweise" hat der Gesetzgeber den Rahmen weit gespannt, damit die SUVA allen möglichen Sachverhalten gerecht werden kann.

---

1 Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 319; stärkere Kürzungen, etwa 50 % im Fall BGE 98 V 227, sind Ausnahmen.
2 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 81; ausführlich zur Zumutbarkeit Maurer Alfred, Recht und Praxis S.198 f
3 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 81 lit. d.

b) Weisungen an den Betriebsinhaber

Nach KUVG 65 ist die SUVA befugt, an die Betriebsinhaber Weisungen über die Unfallverhütung zu erlassen. Kommt der Betriebsinhaber der Anordnung nicht nach, kann er in eine höhere Gefahrenstufe versetzt werden, was Prämienerhöhungen bedeutet. Hier gibt das Gesetz den Rahmen, in dem sich die Sanktionen bewegen können. Mangels einer entsprechenden Vorschrift kann jener Betriebsinhaber wegen Missachtung einer Weisung über die Unfallverhütung nicht mehr bestraft werden, der bereits zur obersten Gefahrenstufe gehört (1).

4. Die Strafbestimmungen

Das einwandfreie Funktionieren der Verwaltung kann mit verwaltungsrechtlichen Massnahmen allein nicht immer gewährleistet werden. Der Gesetzgeber hat deshalb bestimmte Tatbestände unter Strafe gestellt (2).
So droht dem Betriebsinhaber, der die Lohnlisten vorsätzlich nicht oder nicht richtig führt, Gefängnis bis zu drei Monaten und Busse bis Fr. 500.-; bei Rückfall innert drei Jahren verdoppelt sich die Strafdrohung (3).
Verletzt der Betriebsinhaber oder sein Stellvertreter vorsätzlich die ihm obliegenden Pflichten hinsichtlich der Unfallverhütung, droht ihm dieselbe Strafe (4).
Ebenfalls strafrechtlich verantwortlich macht sich, wer auf betrügerische Weise nicht geschuldete Leistungen erlangt; Versuch und Gehilfenschaft sind ebenfalls strafbar (5).
Für die Festsetzung des Strafmasses ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (6).

---

1 Darüberhinaus droht dem Betriebsinhaber wegen vorsätzlicher Verletzung von KUVG 65 Busse oder Gefängnis bis zu drei Monaten, KUVG 66.
2 Vgl. dazu Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 377 ff.
3 KUVG 66 in Verbindung mit Art. 64.
4 KUVG 66 in Verbindung mit Art. 65.
5 KUVG 99 Abs. 2
6 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 77 f.

§ 11 Der Grundsatz in der Alters- und Hinterlassenenversicherung

I. Allgemeines

Die AHV ist für die gesamte Wohnbevölkerung der Schweiz obligatorisch; sie ist damit eine eigentliche Volksversicherung, im Gegensatz zur sozialen Krankenversicherung, die von Bundesrechts wegen freiwillig ist und im Gegensatz zur obligatorischen Unfallversicherung, die eine Klassenversicherung ist, weil sie nur bestimmte Personen erfasst.

Die Organisation der AHV ist einzigartig in ihrer Mannigfaltigkeit. Die Versicherung wird nicht von einem einzigen Rechtssubjekt sondern von einem ganzen System von Verwaltungseinheiten getragen Ausgleichskassen, Zentrale Ausgleichsstelle, AHV-Fond, Eidgenössische Kommission für die AHV sowie Aufsichts- und Kontrollorgane (1); für einzelne Aufgaben werden auch die Arbeitgeber herangezogen, z.B. für die Ueberweisung der Arbeitnehmerbeiträge. Verwirklicht sich ein versicherter Tatbestand, d.h. erreicht ein Versicherter das Rentenalter oder stirbt er, erbringt die AHV die versicherten Leistungen, nämlich die Altersrenten, wenn der Versicherte das Rentenalter erreicht, oder Hinterlassenenrenten, wenn er stirbt.

Das Leistungssystem ist einfach und stark typisiert; die Verwaltung muss nicht wie etwa bei der obligatorischen Unfallversicherung umfassende Abklärungen treffen, welche die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen stark berühren können. Die AHV-Verwaltung braucht deshalb nur geringe Zwangsmöglichkeiten, um eine ordentliche Durchführung gewährleisten zu können und einen allfälligen Missbrauch zu verhindern. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit spielt daher in der AHV eine kleine Rolle.

---

1 Ueber die Aufgaben und das Zusammenwirken dieser Organe vgl. Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 113 ff.

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber

1. Die Sanktion verspäteter Anmeldung

Eine Verwirklichung des Grundsatzes findet sich in AHVG 46 Abs. 2. Unterlässt es ein Versicherter, den Anspruch auf die Hilflosenentschädigung rechtzeitig geltend zu machen, d.h. innerhalb eines Jahres seit dessen Entstehung, verliert er den Anspruch. Der Rentenanspruch unterliegt dieser Einjahresfrist nicht, er erlischt nach Abs. 1 in fünf Jahren seit Ende des Monats, für welchen die Leistung geschuldet war (1).

2. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses

Das Erreichen des Rentanalters kann nicht "herbeigeführt werden". Deshalb erübrigen sich hier Vorschriften über die vorsätzliche und grobfahrlässige Herbeiführung des versicherten Tatbestands. Anders dagegen in der Hinterlassenenversicherung. Hier bestimmt AHVG 18 Abs. 1 zweiter Satz (2):

> "Hat eine Witwe oder eine Waise den Tod des Versicherten vorsätzlich oder grobfahrlässig oder bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt, so können die Renten dauernd oder vorübergehend verweigert, gekürzt oder entzogen werden."

Damit hat der Gesetzgeber entschieden, dass die Hinterlassenenrenten nicht gekürzt werden dürfen, wenn der Versicherte selbst seinen Tod vorsätzlich, grobfahrlässig oder bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt hat (3).

---

1 Vgl. die abweichende Regelung im IVG unten § 12 II Ziff. 1.

2 Diese Bestimmung ist erst nachträglich eingefügt worden (anlässlich der Einführung der Invalidenversicherung, vgl. IVG 82). Vorher hätte einer Witwe, die ihren Mann durch Totschlag umbrachte, nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Witwenrente ausgerichtet werden müssen; in EVGE 1951 S. 205 wurde jedoch die Erhebung eines derartigen Anspruchs als rechtsmissbräuchlich erklärt; vgl. Maurer Alfred, SZS 1972 S. 188.

3 Das bedeutet eine Besserstellung gegenüber der SUVA-Witwe, deren Rente auch gekürzt wird, wenn nicht sie, sondern der Versicherte selbst den Kürzungsgrund gesetzt hat.

Nicht jedes Verschulden genügt für eine Leistungskürzung; nur wegen Absicht oder grober Fahrlässigkeit (1) darf eine Rente gekürzt oder entzogen werden. Damit scheidet einfache Fahrlässigkeit als Kürzungsgrund aus.

3. Die Sicherung des Leistungszwecks

Der Anspruch auf eine Versicherungsleistung umfasst auch den Anspruch auf Auszahlung der Rente bzw. der Hilflosenentschädigung. AHVG 45 verlangt, dass die Leistungen zweckgemäss verwendet werden, d.h. sie sollen in erster Linie zur Bestreitung des Unterhalts des Berechtigten und der Personen, für die er zu sorgen hat, verwendet werden. Ist der Berechtigte nicht fähig, die Leistungen zweckgemäss zu verwenden und fällt er der öffentlichen oder privaten Fürsorge zur Last, so kann die Verwaltung anordnen, dass die Rente bzw. die Hilflosenentschädigung an eine geeignete Drittperson oder Behörde ausbezahlt wird; diese sind verpflichtet, die AHV-Leistungen ausschliesslich zum Lebensunterhalt des Berechtigten und der Personen, für die er zu sorgen hat, zu verwenden (2). Hier verbietet also das Gesetz dem Bezüger, in bestimmten Fällen die AHV-Leistungen nach freiem Ermessen zu verwenden; das Gesetz sagt aber gleich selbst, bei welchen Sachverhalten eine bestimmte Massnahme ergriffen werden kann.

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz

1. Die Sanktion unterlassener Beitragszahlung und Abrechnung

Wer die Beiträge nicht rechtzeitig bezahlt oder die nötigen Angaben für die Abrechnung nicht macht oder andere Ordnungs- und Kontrollvorschriften verletzt, wird gemahnt (3). Mit der Mahnung wird ihm eine Nachfrist eingeräumt und eine Busse bis Fr. 500.-,

---

1 Vgl. zu diesem Begriff oben § 10 III Ziff. 2.
2 AHVG 76, 76bis, 80 Abs. 2 und 192 Abs. 2.
3 AHVG 91 und AHVV 37 und 205.

in Rückfällen innert zwei Jahren bis Fr. 2000.- angedroht. Diese Massnahmen sollen den Säumigen veranlassen, den ordnungsmässigen Zustand wiederherzustellen.

2. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses

a) Die Hinterlassenenrenten

Die Verwaltung kann - sie muss aber nicht - die Hinterlassenenrenten entziehen oder kürzen, wenn die anspruchsberechtigte Witwe oder die Waise den Tod des Versicherten vorsätzlich oder grobfahrlässig oder bei Ausübung eines Vergehens oder Verbrechens herbeigeführt hat (1). Das Mass der Sanktion wird sich nach der Schwere des Verschuldens richten.

b) Die Hilflosenentschädigung

Darauf haben jene Altersrentner Anspruch, "die in schwerem Grade hilflos sind" (2); es sind Fürsorgeleistungen. Sie können nach AHVG 66^{bis} (3) gekürzt oder entzogen werden, wobei IVG 7 (4) sinngemäss anwendbar ist. IVG 7 ist selbst eine Verweisung des Gesetzgebers auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Wer die Hilflosigkeit vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeiführt oder verschlimmert, muss mit einer Kürzung oder mit dem Entzug der Entschädigung rechnen.

---

1 AHVG 18 Abs. 1 zweiter Satz.
2 AHVG 43^{bis} Abs. 1; zum Begriff der Hilflosigkeit BGE 98 V 23.
3 Eingefügt durch BRB vom 10. Januar 1969.
4 Vgl. dazu unten § 12 III Ziff. 3.

3. Die Strafbestimmungen

Das AHVG enthält in Art. 87 bis 91 Strafbestimmungen für eine ganze Anzahl von Tatbeständen, wobei zwischen Vergehen (Art. 87) Uebertretungen (Art. 88) und Ordnungswidrigkeiten unterschieden wird. Bei der Festsetzung des Strafmasses ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (1). Die schwerste Strafe beträgt sechs Monate Gefängnis und Busse bis Fr. 20'000.-, jedoch bleiben schwerere Strafen nach StGB vorbehalten.

---

1 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 77 f.

§ 12 Der Grundsatz in der Invalidenversicherung

I. Allgemeines

Die IV beruht auf der gleichen verfassungsrechtlichen Grundlage wie die AHV (1), trat aber erst zwölf Jahre später, nämlich am 1. Januar 1960 in Kraft. Organisation und Finanzierung der IV lehnen sich eng an die AHV an, die Kreise der Versicherten sind sogar identisch; in der Gesetzgebung zur IV finden sich deshalb zahlreiche Verweise auf das AHV-Recht. Die Durchführung der Versicherung erfolgt durch die Organe der AHV und durch besondere Organe der IV, nämlich die IV-Kommissionen und die Regionalstellen. Die Beiträge für die IV werden als Zuschlag zu den AHV-Beiträgen erhoben.

Versicherte Tatbestände sind die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit wegen Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall; in einzelnen Fällen vermag auch blosse Arbeitsunfähigkeit (2) und unmittelbar drohende Invalidität Versicherungsleistungen auszulösen.

Bei den Leistungen ist zwischen Eingliederungsmassnahmen und Renten zu unterscheiden, wobei die Eingliederung grundsätzlich der Rente vorgeht. Nur wenn die Eingliederung zum vornherein aussichtslos oder erfolglos ist, werden Renten gewährt.

---

1 BV 34^{quater}; dieser Art. wurde inzwischen neu gefasst und in der Volksabstimmung vom 3.12.1972 angenommen.

2 Das ist bei Personen der Fall, die vor Eintritt der Invalidität nicht erwerbstätig waren, z.B. Hausfrauen.

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber

1. Der Ausschluss von der Versicherung

a) Kein Ausschluss der Versicherten

Wer versichert ist, kann nicht sanktionsweise ausgeschlossen werden; dies würde dem Sinn einer obligatorischen Versicherung widersprechen.

b) Der Ausschluss einzelner Risiken

Nicht jede Invalidität genügt, um einen Anspruch auf Versicherungsleistungen zu begründen. Erreicht sie nicht einen bestimmten Grad gibt sie keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen (1).

Bei den Geburtsgebrechen hat der Bundesrat von der ihm in IVG 13 Abs. 2 eingeräumten Kompetenz Gebrauch gemacht und jene geringfügigen Gebrechen von der Versicherung ausgeschlossen, die er nicht in die GgV aufgenommen hat.

Damit Renten gewährt werden, muss die Invalidität ein bestimmtes Mass aufweisen. Der Gesetzgeber hat dieses Mass in IVG 28 selbst bestimmt. Anspruch auf eine ganze IV-Rente hat, wer mindestens zu zwei Dritteln invalid ist; eine halbe Rente wird ausgerichtet wenn die Invalidität mindestens 50 % beträgt; in Härtefällen genügt eine Invalidität von einem Drittel.

2. Die Sanktion verspäteter Anmeldung

Unterlässt ein Versicherter die Anmeldung eines Anspruchs, erwächst ihm nach IVG 48 daraus kein Nachteil, es sei denn, er warte mit der Anmeldung mehr als zwölf Monate zu seit Entstehung des Anspruchs. Er verliert deshalb aber nicht alle Rechte; es werden ihm die Leistungen lediglich für die zwölf der Anmeldung vorangehenden Monate ausgerichtet. Konnte der Versicherte den an-

---

1 Zum Begriff der Invalidität Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 156 ff.

spruchsbegründenden Sachverhalt nicht kennen, so schadet ihm die Verspätung überhaupt nicht, wenn er die Anmeldung innert Jahresfrist seit Kenntnisnahme vornimmt (1).

3. Die zumutbare Eingliederungsmassnahme

Die Eingliederungsmassnahmen sind zwar positive Leistungen der IV, hingegen können sie für den Versicherten auch Eingriffe bedeuten, denen er sich lieber nicht unterziehen möchte. Zweck der Massnahmen ist nach IVG 8 Abs. 1 die Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit. Nun darf aber die Erwerbsfähigkeit nicht mit allen geeigneten Massnahmen um jeden Preis wiederhergestellt werden; der Versicherte muss sich nur jenen Massnahmen unterziehen, die ihm zugemutet werden können. IVG 8 Abs. 1 spricht zwar einzig von notwendigen und geeigneten, nicht aber von zumutbaren Massnahmen; dass die Zumutbarkeit ein allgemeines Kriterium der Eingliederungsmassnahmen ist, ergibt sich durch Umkehrschluss aus IVG 31: der Versicherte darf sich einer unzumutbaren Massnahme widersetzen, ohne eine Sanktion gewärtigen zu müssen. IVG 31 Abs. 2 umschreibt selbst, welche Massnahmen nicht zumutbar sind, nämlich jene, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen. Diese Aufzählung ist allerdings nicht abschliessend; IVG 31 spricht von zumutbaren Eingliederungsmassnahmen, und diese können neben medizinischer u.a. auch beruflicher Art sein; deshalb darf ein Versicherter z.B. auch einen unzumutbaren Berufswechsel ablehnen, er braucht sich nicht sozial deklassieren zu lassen (2).

---

1 Diese Regelung weicht von derjenigen im AHVG insofern ab, als nach IVG 48 alle Ansprüche innert Jahresfrist geltend gemacht werden müssen, bei der AHV bezieht sich die Jahresfrist lediglich auf die Hilflosenentschädigung, nicht aber auf die Renten, vgl. oben § 11 II. Die unterschiedliche Regelung wird mit der Notwendigkeit einer zuverlässigen Abklärung begründet, vgl. BGE 98 V 59 E. 2.

2 Vgl. unten § 15 III Ziff. 2 letztes Alinea.

Der Begriff der Zumutbarkeit hat im gesamten Sozialversicherungsrecht des Bundes eine umfassende Bedeutung erlangt, vor allem in der Invalidenversicherung (IVG 28, 31) und der Arbeitslosenversicherung (AlVG 29, AlVV 9, 34), aber auch in der obligatorischen Unfallversicherung (KUVG 71), also in jenen drei Zweigen, deren Leistungen stark individualisiert sind und damit stärker in die Persönlichkeitssphäre des Versicherten eingreifen können als dies etwa in der AHV der Fall ist. Mit dem Abstellen auf die Zumutbarkeit soll das Mass des Eingriffs in die Freiheit des Versicherten allen Umständen des Einzelfalls angepasst werden. Nach Gysin ist die Zumutbarkeit "ein massgebendes Vehikel, um den Willenseinsatz und die Eigenverantwortung des Versicherten bei aller Wahrung von Freiheit und Menschlichkeit zum Zuge zu bringen" (1). Die Zumutbarkeit ist daher nachgerade ein direkter Ausfluss, eine Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

4. Die Sicherung des Leistungszwecks

Die Renten, Hilflosenentschädigungen und Taggelder sollen in erster Linie für den Lebensunterhalt des Anspruchsberechtigten verwendet werden. Ist der Berechtigte nicht fähig, die Leistungen zweckgemäss zu verwenden und fällt er der öffentlichen oder privaten Fürsorge zur Last, kann die Verwaltung anordnen, dass die Leistungen an eine geeignete Drittperson oder Behörde ausbezahlt werden. Hier bestimmt der Gesetzgeber selbst Art und Mass des Eingriffs in das Recht des Versicherten; IVG 50 verweist auf AHVG 20 und 45 (2).

---

1 Gysin Arnold, SZS 1969 S. 84 f; vgl. auch Oftinger Karl, a.a. Bd. I S. 179 f, Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 198 f.
2 Vgl. oben § 11 II Ziff. 3.

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz

1. Die Zumutbarkeit der Eingliederungsmassnahmen

Erste Aufgabe der IV ist es, die Erwerbsfähigkeit des Invaliden wieder herzustellen. Das Instrumentarium der Eingliederung umfasst Massnahmen medizinischer und beruflicher (1) Art und Massnahmen für die Sonderschulung und die Betreuung hilfloser Minderjähriger; sodann gibt die IV Hilfsmittel (2) ab und richtet Taggelder aus. Alle Eingliederungsmassnahmen müssen für den Versicherten zumutbar sein; das ergibt sich aus IVG 8 Abs. 1 in Verbindung mit IVG 31. Einer unzumutbaren Massnahme darf sich ein Versicherter widersetzen, ohne einen Nachteil befürchten zu müssen. Damit sind die Organe der IV verpflichtet, bei der Bestimmung der notwendigen und geeigneten Eingliederungsmassnahmen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Das Gesetz nimmt bei der Regelung der einzelnen Eingliederungsmassnahmen nochmals Bezug auf die Zumutbarkeit und damit auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, so für die medizinischen Massnahmen in Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit IVG 31 Abs. 1; für die erstmalige berufliche Ausbildung in Art. 16 Abs. 1, wo auch die Fähigkeiten des Versicherten berücksichtigt werden sollen; sowie bei der Umschulung in Art. 17 in Verbindung mit IVG 31 Abs. 1.

---

1 Nach IVG 8 Abs. 3 gehören dazu die Berufsberatung, die erstmalige berufliche Ausbildung, die Umschulung und die Arbeitsvermittlung.

2 Der Bundesrat hat in IVV 14-16 eine Liste der Hilfsmittel aufgestellt, welche z.B. Prothesen, Hilfsmittel für das tägliche Leben, Hilfsgeräte am Arbeitsplatz u.a.m. umfasst; sodann hat das Eidg. Departement des Innern noch eine VO über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die IV in Sonderfällen vom 4. August 1972, die sog. HV erlassen.

2. Die Sanktion unzweckmässigen Verhaltens

IVG 10 Abs. 2 verpflichtet den Versicherten, alle Eingliederungsmassnahmen aktiv zu unterstützen und deren Durchführung zu erleichtern. Erschwert oder verunmöglicht der Anspruchsberechtigte die Eingliederung, können die Leistungen eingestellt werden. Das Gesetz unterscheidet zwar zwischen Erschwerung und Verunmöglichung sagt aber im Hinblick auf die Sanktion nicht, ob die Leistungen dauernd oder nur vorübergehend entzogen werden sollen. Da aber IVG 31 Abs. 1, der sich mit IVG 10 Abs. 2 teilweise deckt, diese Unterscheidung ausdrücklich trifft, ist es gerechtfertigt, auch für die Sanktionen nach IVG 10 Abs. 2 den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Unzweckmässig oder ordnungswidrig kann sich der Versicherte auch bei den Abklärungsmassnahmen verhalten. In diesem Fall können die Sanktionen der Art. 10 und 31 IVG angewendet werden (1).

Es wäre gesetzestechnisch ohnehin besser gewesen, die Sanktion unzweckmässigen Verahltens einheitlich im Dritten Abschnitt unter Buchstabe A z.B. als ein neuer Art. 7^{bis} zu regeln, statt die Sanktionen getrennt für die Eingliederungsmassnahmen (IVG 10 Abs. 2) und die Renten (IVG 31 Abs. 1) vorzusehen (2). Während IVG 31 Abs. 1 nur von der Verweigerung der Rente spricht, ist in IVG 10 Abs. 2 umfassend von der Einstellung der Leistungen die Rede; dem Anspruchsberechtigten, der die Eingliederung hintertreibt, können z.B. auch Taggelder verweigert werden.

3. Die Sanktion schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses

IVG 7 lautet:

> "Hat ein Versicherter die Invalidität vorsätzlich oder grobfahrlässig oder bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert, so können

---

1 BGE 97 V 173
2 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 163 und 179.

die Geldleistungen dauernd oder vorübergehend verweigert, gekürzt oder entzogen werden.
Absatz 1 ist anwendbar auf Leistungen für Angehörige, welche die Invalidität eines Versicherten vorsätzlich oder grobfahrlässig oder in Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert haben."

Hier gibt das Gesetz den Rahmen der möglichen Sanktionen, wenn der Anspruchsberechtigte die Invalidität schuldhaft herbeigeführt hat. Wie bei den meisten (1) andern Sozialversicherungszweigen vermag die einfache Fahrlässigkeit noch keine Sanktion auszulösen; es muss mindestens grobe Fahrlässigkeit (2) oder Vorsatz vorliegen. Es können nur die Geldleistungen gekürzt oder entzogen werden, also die Taggelder, Renten und Hilflosenentschädigungen (3); das bedeutet eine Privilegierung der IV-Versicherten gegenüber den SUVA-Versicherten, denen mit Ausnahme der Bestattungsentschädigung alle Versicherungsleistungen gekürzt oder entzogen werden können (4). Bei der Bemessung der Sanktion ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

4. Die Strafbestimmungen

IVG 70 erklärt AHVG 87-91 anwendbar auf Personen, die in bestimmter Weise die Vorschriften der Invalidenversicherung verletzen (5). Bei der Festsetzung der Strafe ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (6).

---

1 Vgl. aber die Regelung in der AlV, unten § 13 III. Ziff. 2.
2 Zum Begriff der groben Fahrlässigkeit vgl. oben § 10 III. Ziff. 2.
3 Maurer Alfred, Bundessozialversicherungsrecht S. 179
4 KUVG 98, vgl. oben § 10 III.
5 Vgl. oben § 11 III. Ziff. 3.
6 v. Krauss Rupprecht, a.a.O. S. 77 f.

§ 13 Der Grundsatz in der Arbeitslosenversicherung

I. Allgemeines

Die Arbeitslosenversicherung will dem Arbeitnehmer, der arbeitswillig und arbeitsfähig ist, den Lohnausfall teilweise ersetzen, wenn er keine Arbeit findet. Getragen wird dieser Zweig der Sozialversicherung von öffentlichen und privaten Arbeitslosenversicherungskassen. Bei den letzteren wird zwischen paritätischen und einseitigen Kassen unterschieden; die paritätischen werden von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam errichtet, die einseitigen von Arbeitnehmerverbänden allein. Erfüllen die Kassen die Voraussetzungen von AlVG 6, können sie um die Anerkennung des Bundes nachsuchen, was Subventionen des Bundes und der Kantone ermöglicht.

Der Arbeitslosenversicherung können nur Arbeitnehmer beitreten, sie ist deshalb eine Klassenversicherung. Die Kantone können den Beitritt für einzelne Kategorien oder für alle Arbeitnehmer obligatorisch erklären; die freie Wahl unter den anerkannten Kassen muss aber gewahrt bleiben. Damit ein Arbeitnehmer einer Kasse beitreten kann, muss er versicherungsfähig sein, d.h. in der Schweiz Wohnsitz haben, regelmässig eine genügend überprüfbare Erwerbstätigkeit ausüben, vermittlungsfähig (1) und zwischen sechzehn und sechzig Jahre alt sein.

Tritt ein versichertes Ereignis (2) ein, hat der Versicherte unter den gesetzlichen Voraussetzungen Anspruch auf die einzig mög-

---

1 Vermittlungsfähig ist, wer auf Grund seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten und seiner persönlichen Verhältnisse in der Lage ist, seine Arbeitskraft auch an einem andern Arbeitsplatz, in- oder ausserhalb des bisherigen Berufs, zu verwerten; vgl. Holzer Max, Kommentar S. 66 f.

2 Das Gesetz verwendet dafür nicht den Ausdruck "Arbeitslosigkeit", sondern bezeichnet "den anrechenbaren Verdienstausfall" als versichertes Ereignis; mit "Arbeitslosigkeit" wird ein krisenhafter Wirtschaftszustand bezeichnet; vgl. Holzer Max, Kommentar S. 108 bei N 1.

liche Versicherungsleistung, die Arbeitslosenentschädigung. Diese bemisst sich nach AlVG 30 aufgrund des anrechenbaren Verdienstausfalls, des versicherten Verdienstes und der Unterhalts- und Unterstützungspflichten. Damit der Versicherte nicht auf Kosten der Versicherung Ferien machen kann, muss er sich selbst um neue Arbeit bemühen und sich den Arbeitsausfall täglich bescheinigen lassen und jede ihm vom Arbeitsamt vermittelte zumutbare Arbeit annehmen.

Gegenwärtig sind Bestrebungen im Gange, die Arbeitslosenversicherung neu zu ordnen. Ende 1974 veröffentlichte eine vom Bundesrat bestellte Expertenkommission ihren Bericht, in dem sie die Grundzüge einer möglichen Neuordnung aufzeigt. Im Vordergrund steht dabei eine Ausweitung der bisherigen AlV in eine Art Arbeitslosen- und Strukturrisikoversicherung (1). Da sich die vorliegende Arbeit mit dem geltenden Bundesrecht zu AlV befasst, muss auf diese Revisionsbestrebungen nicht eingetreten werden.

II. Die Verwirklichung des Grundsatzes durch den Gesetzgeber

1. Der Ausschluss von der Versicherung

Vom Ausschluss ist die Entlassung aus der Mitgliedschaft zu unterscheiden. Die Entlassung hat nach AlVG 17 Abs. 1 von Amtes wegen zu erfolgen, wenn das Mitglied die Voraussetzungen zur Aufnahme in eine Kasse nicht mehr erfüllt. Demgegenüber kann nach Abs. 2 ein Versicherter ausgeschlossen werden, wenn er wiederholt oder schwer gegen gesetzliche (2) Vorschriften verstösst. Ein Ausschluss aus anderen Gründen ist unzulässig (3); mit diesem Verbot des Ausschlusses aus andern Gründen hat der Gesetzgeber selbst festgelegt, welches Verhalten sanktionswürdig ist und damit den

---

1 Besprochen wird dieser Bericht aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht in SZS 1975 S. 115 ff.

2 Die Verletzung statutarischer Vorschriften kann nach AlVG 10 einzig durch Ordnungsbusse geahndet werden, vgl. unten III. Ziff. 1.

3 AlVG 17 Abs. 3.

Grundsatz der Verhältnismässigkeit wenigstens in groben Zügen verwirklicht.

Die beiden zulässigen Ausschlussgründe des wiederholten oder schweren Verstosses gegen gesetzliche Vorschriften sind zuwenig präzise formuliert, um eine Verwirklichung des Grundsatzes zu sein; es liegt im Ermessen der Kasse zu bestimmen, welches Verhalten ein schwerer Verstoss ist. Insofern ist AlVG 17 Abs. 2 eine stillschweigende Verweisung des Gesetzgebers auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (1).

2. Der Leistungsentzug wegen schuldhaften Verhaltens

AlVG 29 und AlVV 34-36 sprechen von "Einstellung in der Anspruchsberechtigung". Das ist aber nichts anderes als der vorübergehende Entzug der Versicherungsleistungen.

AlVG 29 zählt die Entzugsgründe abschliessend auf (2). Es sind dies selbstverschuldete (3) Arbeitslosigkeit, verletzte Auskunftspflicht, unbezahlte Prämien, unrechtmässig erwirkte Versicherungsleistungen, verletzte Kontrollvorschriften und ungenügende eigene Bemühungen um Arbeit. In dieser Begrenzung der sanktionswürdigen Sachverhalte liegt eine Verwirklichung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Der Bundesrat hat in der Vollzugsverordnung (Art. 34-36) auch die Art und das Mass der Sanktion wenigstens in groben Zügen festgelegt, indem er bei leichtem Verschulden den Entzug der Leistungen auf zwölf Tage begrenzt, bei mittelschwerem Verschulden die Entzugsdauer zwischen 13 und 24 Tagen ermöglicht und das Mass der Sanktion bei schwerem Verschulden nicht über 48 Tage steigen lässt. (4).

---

1 Vgl. dazu unten III, Ziff. 4.
2 Holzer Max, Kommentar S. 142.
3 Aus eigenem Verschulden ist z.B. arbeitslos, wer sein Arbeitsverhältnis auflöst, ohne dass ihm eine andere Stelle zugesichert ist (AlVV 34 lit. b.); Holzer Max, Kommentar S. 140 f.
4 AlVV 35 Abs. 1.

3. Die Sanktion verspäteter Anspruchstellung

Unterlässt es ein Versicherter, den Anspruch auf eine ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung binnen drei Monaten seit Fälligkeit (1) geltend zu machen, verliert er nach AlVG 33 Abs. 2 seinen Anspruch. Diese Frist ist keine Verjährungsvorschrift, denn sie kann nicht unterbrochen werden und muss von Amtes wegen beachtet werden, d.h. die Kasse muss die Auszahlung verweigern, wenn der Versicherte seinen Anspruch erst nach Ablauf dieser Frist stellt. Es ist aber auch keine Verwirkungsfrist, denn der verfallene Anspruch lebt auch nach Ablauf der dreimonatigen Frist wieder auf, wenn er mit einer Prämienforderung verrechnet werden kann; diese Möglichkeit besteht während längstens drei Jahren seit Fälligkeit des Anspruchs. Damit hat der Gesetzgeber die Sanktion der verspäteten Stellung des Anspruchs selbst geregelt und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwirklicht.

4. Die Sicherung des Leistungszwecks

Der Entschädigungsanspruch steht grundsätzlich dem Versicherten zu (2). Sind die Voraussetzungen von AlVV 31 gegeben, kann dem Anspruchsberechtigten dieses Recht entzogen werden und die Versicherungsleistung an Dritte ausbezahlt werden. Vernachlässigt der Versicherte seine Unterhalts- oder Unterstützungspflichten, "so können die Berechtigten verlangen, dass die Arbeitslosenentschädigung ihnen ausbezahlt werde und nötigenfalls den Anspruch an Stelle des Versicherten geltend machen" (3). Ist der Versicherte bevormundet, wird die Entschädigung nicht ihm persönlich, sondern dem Vormund ausbezahlt, sofern auch der Lohn diesem ausge-

---

1 Die Fälligkeit bestimmt den Zeitpunkt, in welchem der Versicherte die Leistung verlangen kann und die Kasse zur Auszahlung verpflichtet ist, Holzer Max, Kommentar S. 175; der Anspruch wird nach AlVG 33 Abs. 1 auf Ende einer vierzehntägigen Periode fällig.
2 AlVG 24 Abs. 2.
3 AlVV 31 Abs. 1; vgl. dazu Holzer Max, Kommentar S.180 Ziff. 4.

händigt wird. Damit soll gewährleistet werden, dass die Arbeitslosenentschädigung zweckentsprechend verwendet wird.

III. Die Verweisungen des Gesetzgebers auf den Grundsatz

1. Die Sanktion verletzter Kassenvorschriften

Nach AlVG 10 können Kassen die Verletzung von Kassenvorschriften mit einer Ordnungsbusse bis Fr. 50.- ahnden. Es handelt sich nicht um eine strafrechtliche Sanktion, sondern um eine Disziplinarmassnahme (1). Die Kasse muss bei der Festsetzung der Busse den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten, d.h. sie muss innerhalb des zulässigen Rahmens die Busse nach der Schwere des Verschuldens bemessen.

2. Der Leistungsentzug wegen schuldhaften Verhaltens

Die Gründe, aus denen dem Versicherten die Leistungen vorübergehend entzogen werden können, sind bereits erwähnt worden (2). Für das Mass der Sanktion verweist AlVV 35 stillschweigend auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, indem er einfaches Verschulden leichter bestraft als schweres (3).

---

1 Holzer Max, Kommentar S. 57.
2 Vgl. oben II. Ziff. 2.
3 Mittelschweres Verschulden wurde beispielsweise jenem Gärtner vorgeworfen, der im Januar seine Dauerstelle in der Fabrik aufgab und in der Folge in seinem angestammten Beruf keine Arbeit fand; vgl. die Kasuistik bei Holzer Max, Kommentar S. 151 ff.

Es ist eine Besonderheit der Arbeitslosenversicherung, dass schon einfaches Verschulden eine Sanktion auszulösen vermag (1). Der Grund für diese Lösung ist darin zu erblicken, dass eine vernünftigerweise vermeidbare Arbeitslosigkeit die Kasse und damit die Versichertengemeinschaft nicht belasten soll. Der Zweck der Versicherung liegt schliesslich in der Unterstützung jener, die wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse keine Arbeit mehr finden; wer aus persönlichen Gründen seine Stelle aufgibt oder verliert, kann nicht auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung zählen.

3. Die zumutbare Arbeit

Wird ein Versicherter arbeitslos, ist er verpflichtet, sich beim zuständigen Arbeitsamt anzumelden (2). Diese Meldung ist eine formelle Voraussetzung der Anspruchsberechtigung (3). Das Arbeitsamt versucht, ihm einen Arbeitsplatz zu vermitteln; nach AlVG 23 Abs. 2 ist der Versicherte verpflichtet, eine ihm zugewiesene Arbeit anzunehmen, sofern diese zumutbar ist. Mit dem Kriterium der Zumutbarkeit können einerseits die schützenswerten Interessen der Versicherten berücksichtigt werden und andererseits lässt sich ein Missbrauch der Versicherung verhindern (4); darin liegt ein Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

---

1 Schuldhaftes Verhalten im zivilrechtlichen Sinn liegt vor, "wenn sich der Täter nicht von denjenigen Grundsätzen hat leiten lassen, die für ihn nach den allgemeinen Regeln, die das menschliche Zusammenleben ordnen, massgebend waren", Verschulden als Vorwurf, von richtigen Grundsätzen abgewichen zu sein, Merz/Guhl/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1971, S. 172, 93; einem Versicherten der AlV kann als Verschulden vorgeworfen werden, dass er entgegen wirtschaftlicher Opportunität sein Arbeitsverhältnis kündigt und keine neue Anstellung findet, vgl. N 3 S. 76 und Holzer Max, Kommentar S. 140 f.

2 AlVV 6.

3 Holzer Max, Kommentar S. 110 f.

4 Holzer Max, Kommentar S. 104.

Die Zumutbarkeit ist in AlVV 9 Abs. 1 näher umschrieben:

> "Als zumutbar gilt jede Arbeit, die den berufs- und ortsüblichen Bedingungen entspricht, den Fähigkeiten und dem Gesundheitszustand des Versicherten angemessen ist und ihn sittlich nicht gefährdet. Ueberdies darf die Arbeit die künftige berufliche Tätigkeit des Versicherten nicht wesentlich erschweren, es sei denn, dass in absehbarer Zeit keine Aussicht auf Wiederbeschäftigung in seinem Beruf besteht."

Eine Arbeit ausserhalb des Wohnorts gilt als zumutbar, wenn der Versicherte täglich an seinen Wohnort zurückkehren kann; dies auch dann, wenn damit gewisse Unbequemlichkeiten verbunden sind (1). Auch ausserberufliche Arbeit gilt grundsätzlich als zumutbar; einem Hotelangestellten kann z.B. eine landwirtschaftliche Tätigkeit zugemutet werden (2).

4. Der Ausschluss wegen schuldhaften Verhaltens

AlVG 17 Abs. 2 bestimmt, dass Versicherte, welche die gesetzlichen Vorschriften wiederholt oder in schwerer Weise verletzen, von der Kasse ausgeschlossen werden können (3). Ein Ausschluss aus andern Gründen ist zwar unzulässig, aber das Gesetz sagt nicht präzise genug, aus welchen Gründen ein Versicherter ausgeschlossen werden darf. Es liegt im Ermessen der Kasse, welchen Verstoss sie als schwer betrachtet. Auch hier muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden, d.h. das Interesse der Kasse am Ausschluss muss dem Interesse des Versicherten auf Beibehaltung der Mitgliedschaft gegenübergestellt werden. Da der Ausschluss die schwerste Sanktion ist, die einen Versicherten treffen kann, soll er nur als letzte Möglichkeit in Frage kommen, dann, wenn alle andern Mittel zur Wiederherstellung der gesetzlichen Ordnung versagt haben oder zum vornherein aussichtslos sind.

---

1 Holzer Max, Kommentar S. 105.
2 Holzer Max, Kommentar S. 105.
3 Vgl. oben II. Ziff. 1.

5. Strafbestimmungen

Die Strafbestimmungen nach AlVG 58-61 lehnen sich weitgehend an die entsprechende Regelung im AHVG an (1), weshalb auf das dort gesagte verwiesen werden kann (2). Bei der Festsetzung der Strafe ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

---

1 Holzer Max, Kommentar S. 265 N 1.
2 Vgl. oben § 11 III. Ziff. 4.

2. ABSCHNITT
DER GRUNDSATZ IN DER RECHTSPRECHUNG

Vorbemerkung

In diesem Abschnitt soll untersucht werden, wie die beiden höchsten Gerichte - das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht - den Grundsatz der Verhältnismässigkeit anwenden, und inwieweit die Rechtsprechung der beiden Gerichte übereinstimmt.

Bis zur Novelle zum OG vom 20. Dezember 1968, in Kraft seit dem 1. Oktober 1969, war das EVG vom Bundesgericht in Lausanne vollständig getrennt, was zu gewissen Unzukömmlichkeiten in der Rechtsprechung geführt hat (1). Die erwähnte Novelle beliess dem EVG die organisatorische Selbständigkeit, machte es aber zur Sozialversicherungsabteilung des Bundesgerichts. Seit 1970 erscheinen die Urteile des EVG nicht mehr in seiner eigenen Sammlung, sondern als Band V der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts. Die nicht publizierten Urteile des EVG werden mit dem Datum und dem Namen des Klägers (bzw. des Beklagten, wenn ein Versicherungsträger klagt) zitiert, z.B. Urteil vom 14.2.1973 i.S. Fischer.

---

1 Maurer Alfred, SZS 1972 S. 180 N 5.

§ 14 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

I. Allgemeines

Die Durchsicht der Generalregister zur amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide zeigt, dass in den letzten Jahrzehnten immer mehr Urteile den Grundsatz der Verhältnismässigkeit anwenden. Das Register für die Jahre 1935 - 44 verweist unter dem Stichwort "Verhältnismässigkeit" auf drei Urteile. Das Register für die folgende Dekade verweist auf die Rechtsprechung zu BV 31 und nennt dreizehn Entscheide; aber bereits die im Dreijahresregister 1968 - 70 aufgeführten Urteilsliste ist länger. Immerhin bleibt offen, ob die Register auch alle Urteile anführen, die den Grundsatz der Verhältnismässigkeit anwenden (1); dies zu untersuchen ist nicht Aufgabe dieser Arbeit.

II. Die Formeln des Bundesgerichts

Die meisten Urteile, die in letzter Zeit den Grundsatz der Verhältnismässigkeit anwenden, berufen sich auf BGE 91 I 464. Dort heisst es:

> "Nach dem Grundsatz der Notwendigkeit (2) und Verhältnismässigkeit von Verwaltungsmassnahmen dürfen Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe, die ein Kanton gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV erlässt, nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den gewerbepolizeilichen Zweck zu erfüllen, durch den sie gedeckt sind: sie müssen das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein und es erlauben, dieses unter möglichster

---

1 Im Generalregister für die Jahre 1905 - 14 z.B. fehlt das Stichwort "Verhältnismässigkeit"; trotzdem hat das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in BGE 38 I 450 nicht ausdrücklich, aber der Sache nach angewendet, indem es einen Verstoss gegen die Handels- und Gewerbefreiheit darin erblickte, dass nicht patentierten Anwälten verboten wurde, die Bezeichnung "Patentanwalt" zu führen.

2 Vgl. dazu oben § 7 I am Ende.

> Schonung der Freiheit des Einzelnen zu erreichen; das gesteckte Ziel muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen."

Der erste Teil dieser Formulierung verlangt, dass das Mittel geeignet ist, den verfolgten Zweck zu erreichen, und dass es in seiner Intensität nicht über das hinausgeht, was für die Erreichung des Zwecks notwendig ist. Soweit ist die Formel des Bundesgerichts identisch mit der aus der Literatur gewonnenen Definition des Uebermassverbots (1). Der zweite Teil der bundesgerichtlichen Formel setzt das gesteckte Ziel in Relation zur notwendigen Freiheitsbeschränkung, oder m.a.W.: zwischen dem Nutzen der Allgemeinheit und dem Opfer des Einzelnen muss ein vernünftiges Verhältnis bestehen (2). Das ist aber nichts anderes als der Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.e.S. Die ganze bundesgerichtliche Formel ist gleichbedeutend mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.w.S. (3).

Das Bundesgericht macht zu seiner Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit keine weiteren Ausführungen, sondern verweist auf zwölf seiner früheren Entscheide (4) und auf ZBl 1964 S. 161, einen Entscheid der staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts vom 11. September 1963. Einzig in diesem letzten Urteil findet sich - allerdings auf Ziffer vier und fünf verteilt - eine vollständige Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit i.w.S.; das Bundesgericht stützt sich dabei auf Giacometti (5). Eine Durchsicht der übrigen Urteile ergibt, dass immer vom Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Rede ist, die gegebenen Definitionen aber einzig auf das Uebermassverbot zutreffen. Beispielsweise in 86 I 274 heisst es: "Diese Einschränkungen dürfen nicht

---

1 Vgl. oben § 7 I.
2 Bosshardt Oskar, a.a.O. S. 399.
3 Vgl. oben § 7 I.
4 86 I 274; 87 I 118, 272 a, 354/55, 448, 450/51, 453E3; 88 I 67 236 E 3; 89 I 31; 90 I 323; 91 I 104 E 2a, 187.
5 Giacometti Zaccaria, a.a.O. S. 293.

über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den Zweck zu erreichen, durch den sie gedeckt sind"; ähnlich formuliert auch 87 I 272: "Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit sind gewerbepolizeiliche Eingriffe unzulässig, wenn ihr Zweck durch eine weniger weit gehende Massnahme erreicht werden kann". Obwohl das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit dem Wortlaut nach bis zum Entscheid 91 I 464 nur im Sinne des Uebermassverbotes umschreibt, hat es tatsächlich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit schon immer angewendet (1). Das trifft auch auf den oben schon erwähnten Entscheid 86 I 274 zu, wo das Bundesgericht zwischen der Verpflichtung für den Belasteten und dem angestrebten Erfolg ein vertretbares - d.h. vernünftiges - Verhältnis verlangt.

Es bleibt zu prüfen, wie sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit seit dem Urteil 91 I 464 entwickelt hat. Zunächst findet sich eine Bestätigung in 93 I 219, wo der Grundsatz vollständig zitiert und auch angewendet wird. Aber bereits in 95 I 15 f umschreibt das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit dem Wortlaut nach nur im Sinne des Verbots übermässiger Eingriffe, obwohl es auf 91 I 464 und 93 I 219 verweist; trotz dieser formalen Inkonsequenz wendet das Gericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit tatsächlich in seinem weitern Sinn an: die Sanitätskommission des Kantons Appenzell A.Rh. verbot einem seit zwanzig Jahren auf seinem Beruf tätigen Naturarzt auf unbestimmte Zeit jegliche Ausübung einer Heiltätigkeit oder eines pharmazeutischen Berufs, weil er in verschiedenen andern Kantonen wegen marktschreierischer Reklame- und Werbetätigkeit über 60 mal gebüsst und im Kanton St. Gallen wegen Wuchers und Gehilfenschaft zu Abtreibungsversuch bestraft worden war; das Bundesgericht fand jedoch, dass das ohne vorherige Warnung ausgesprochene Berufsverbot in keinem vernünftigen Verhältnis stehe

---

1 Wyss Daniel, a.a.O. S. 46 und die dort erwähnten Urteile 38 I 450; 49 I 97; 70 I 148; 89 I 280.

zu dem damit angestrebten Zweck, nämlich die Wiederaufnahme der unzulässigen Werbetätigkeit zu verhindern.

In 97 I 508 stützt sich das Bundesgericht angeblich wieder auf 91 I 464 und 93 I 219, trifft dann aber eine eigenartige Unterscheidung: bei der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bediene es sich einer doppelten Definition; in den allermeisten Fällen genüge es, die Angemessenheit des Mittels im Hinblick auf den verfolgten Zweck zu überprüfen; hingegen bediene sich das Bundesgericht ausnahmsweise einer präziseren Definition und verlange, dass einerseits die Massnahme geeignet sei, den angestrebten Erfolg unter möglichster Schonung der Freiheit des Betroffenen zu erreichen, und dass andererseits zwischen der Freiheitsbeschränkung und dem beabsichtigten Zweck ein vernünftiges Verhältnis bestehe; wenn die Geltung einer Gesetzesvorschrift zur Diskussion stehe, rechtfertige sich die Prüfung aufgrund dieser präziseren Definition. Die in diesem Urteil zum erstenmal vorgenommene Aufteilung des Grundsatzes in eine einfache und in eine verfeinerte Definition bringt aber keinen Fortschritt; die sog. einfache Formel ist nichts anderes als das Uebermassverbot, das mit der Verhältnismässigkeit im strengen Sinn noch nichts zu tun hat; die präzise Formel entspricht der Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit i.w.S., welcher das Uebermassverbot und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.e.S. umfasst (1). Da - wie gezeigt - das Uebermassverbot mit der Verhältnismässigkeit (i.e.S.) nicht übereinstimmt, spricht das Bundesgericht zu Unrecht von zwei Definitionen der Verhältnismässigkeit. Das Bundesgericht sollte entweder vom Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.w.S. ausgehen und dann das Uebermassverbot darin inbegriffen betrachten (2), oder dann von der Verhältnismässigkeit im eigentlichen Sinn ausgehen und davon das Uebermassverbot unterscheiden (3).

---

1 Vgl. oben § 7 I.
2 Diese Begriffsbestimmung stammt von Krauss und liegt auch dieser Arbeit zugrunde, vgl. oben § 7 I.
3 Diese Einteilung vertritt Oberle, vgl. oben § 7 I.

Sodann will das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.w.S. oder - wie es sich ausdrückt - die präzisere Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nur ausnahmsweise anwenden, nämlich dann, wenn die Geltung einer Gesetzesbestimmung in Frage steht. Es ist unklar, was mit dieser Einschränkung bezweckt wird; ob eine Massnahme übermässig oder unverhältnismässig ist, hängt einzig von der Massnahme selbst ab: entweder schiesst sie über das Ziel hinaus, dann ist sie übermässig, oder die mit der Massnahme verbundene Beschränkung des Betroffenen steht in einem Missverhältnis zum Nutzen der Allgemeinheit; keinesfalls darf massgebend sein, ob es um die Geltung einer Gesetzesbestimmung geht oder nicht. Das Bundesgericht hat sich seither, was den Grundsatz der Verhältnismässigkeit betrifft, nicht mehr auf dieses Urteil berufen.

Im Entscheid 99 I a 37 in Verbindung mit S. 41 lit. c nimmt das Bundesgericht die in 91 I 464 begonnene Rechtsprechung wieder auf, ohne sich mit begrifflichen Problemen auseinanderzusetzen, was auch gar nicht mehr nötig ist, da die Definitionen im Entscheid 97 I 508 anscheinend in Vergessenheit geraten sind.

Das Bundesgericht hat es bisher unterlassen, in seiner Rechtsprechung zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf die entsprechende Praxis des EVG hinzuweisen, und zwar auch nach der Angliederung des EVG als fünfte Abteilung an das Bundesgericht. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gehört zweifellos zu den beide Gerichte interessierenden Fragen im Sinne von OG 127 Abs. 3.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.w.S. seit jeher anwendet und ihm auf allen Rechtsgebieten zum Durchbruch verholfen hat;

er gilt für die Rechtsetzung (1) wie für die Rechtsanwendung (2). Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht den Grundsatz konsequent mit dem selben Begriffsinhalt verwenden würde. Ebenso ist zu hoffen, dass dort, wo der Grundsatz angewendet wird, dies auch ausdrücklich gesagt wird; das ist z.B. im Entscheid 99 Ia 513 nicht der Fall: wenn eine kantonale Gesetzesbestimmung vorschreibt, dass nur ein patentierter Apotheker Eigentümer einer öffentlichen Apotheke sein kann, verstösst diese Vorschrift gegen BV 31; sie verstösst aber auch gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wie das Bundesgericht in einem analogen Fall (3) - auf den es übrigens verweist - entschieden hat.

---

1 Nach BV 113 Abs. 3 darf das Bundesgericht Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und Staatsverträge nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen, hingegen kann es sie verfassungskonform auslegen, vgl. Imboden Max, Normkontrolle und Norminterpretation; in: Festschrift Hans Huber, Verlag Stämpfli Bern, 1961, S. 138 ff.

2 BGE 96 I 242 mit Hinweisen.

3 BGE 91 I 308.

§ 15 Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

I. Allgemeines

1. Die Zuständigkeit

Auf dem Gebiet der Sozialversicherung (1) ist das Eidgenössische Versicherungsgericht zur letztinstanzlichen Beurteilung von Verwaltungsgerichtsbeschwerden zuständig (2). Als dieses Gericht im Jahre 1917 ins Leben gerufen wurde, befasste es sich einzig mit Streitigkeiten auf dem Gebiet der obligatorischen Unfallversicherung, aber bereits 1918 folgte die Zuständigkeit für das MVG, worüber das Gericht bis zur Revision vom 20. September 1949 als einzige Instanz urteilte. Nach dem Krieg wurde ihm im Zuge der raschen Entwicklung der Sozialen Sicherheit nacheinander die Rechtsprechung auf den Gebieten der AHV (1948), der Familienzulagen in der Landwirtschaft (1950), der AlV (1951), der Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige (1952), der IV (1959) und - durch die Revision des KUVG vom 13. März 1964 - der sozialen Krankenversicherung übertragen; als letzter Zweig rundeten 1965 die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV das weite Spektrum der Zuständigkeit des EVG ab (3).

---

1 Vgl. dazu oben § 4 II; das EVG ist auch zuständig für die Rechtsprechung in andern Gebieten, die in dieser Arbeit nicht zur Sozialversicherung gezählt werden, z.B. MVG, EOG, FLG, vgl. Vaucher René F., a.a.O. S. 233 ff.

2 OG 128; die in OG 130 vorgesehene verwaltungsgerichtliche Klage hat bis heute noch keine Bedeutung erlangt, vgl. Vaucher René F., a.a.O. S. 243.

3 Ducommun Jean-Daniel, SZS 1967 S. 242; ders., SZS 1975 S. 5.

2. Die Kognitionsbefugnis

Hier sind zwei Fälle auseinanderzuhalten. Richtet sich die Beschwerde an das EVG gegen eine Verfügung, die sich nicht auf die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen bezieht, kann damit nach OG 104 die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Ueberschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerügt werden; gemäss OG 104 lit. b in Verbindung mit OG 105 Abs. 2 kann man auch geltend machen, das vorinstanzliche kantonale Gericht habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt (1). Zur ersten Gruppe gehören etwa Streitigkeiten um Höherversicherung und Versicherungsvorbehalte in der Krankenversicherung. Bei der zweiten Gruppe, also soweit es sich bei der angefochtenen Verfügung um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, kann das EVG nach OG 132 ausserdem die Unangemessenheit der Verfügung überprüfen, und es ist weder an die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts noch an die Begehren der Parteien gebunden. Die beiden Gruppen unterscheiden sich hauptsächlich durch die beschränkte oder erweiterte Kognitionsbefugnis im Bereich der Ermessensausübung (2). Als rechtsfehlerhaft und damit als Beschwerdegrund im Sinn von OG 104 lit. a gelten die Ueberschreitung und der Missbrauch des Ermessens. Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde Ermessen walten lässt, wo ihr das Gesetz keines einräumt, oder wenn sie statt zweier zulässiger Lösungen eine dritte wählt; Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die Verwaltung sich zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bewegt, sich aber von unsachlichen Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsgrundsätze verletzt (3). Ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers (4)

---

1 BGE 98 V 130 E. 1.
2 Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege S. 151.
3 Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege S. 152; Grisel André, Droit Administratif S. 171; BGE 98 V 131 f.
4 Beispiel einer solchen Anordnung: OG 132 für das Sozialversicherungsrecht.

ist die Unangemessenheit kein Beschwerdegrund, denn sie ist keine Rechtsverletzung (1). Als Begründung für diese beschränkte Korrekturmöglichkeit wird angeführt, dass ein Verwaltungsgericht Rechtsschutzorgan und nicht Oberverwaltungsbehörde sei (2). Die Rüge der Unangemessenheit, die in Streitigkeiten wegen Versicherungsleistungen nach OG 132 erhoben werden kann, gestattet dem EVG, die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger innerhalb des Ermessensspielraums auf blosse Unrichtigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls eine Korrektur zu veranlassen; es geht um die Frage, ob die Verwaltung von ihrem Ermessen den richtigen Gebrauch gemacht, d.h. die den Umständen angemessene, zweckmässige Lösung getroffen hat (3); das EVG kann sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltung setzen.

II. Die Anwendung des Grundsatzes

1. Die Rechtsprechung vor 1968

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird im Urteil EVGE 1968 S. 160 erstmals ausdrücklich erwähnt und angewendet. Aber die Sozialversicherungsträger und die Versicherungsgerichte haben den Grundsatz der Verhältnismässigkeit schon vorher - wenn auch unausgesprochen - dem Sinn nach beachtet.

Am deutlichsten zeigt sich dies bei der Kürzungspraxis der SUVA nach KUVG 98. Abs. 3 bestimmt, dass das Mass der Kürzung der Schwere des Verschuldens entsprechen soll; das ist ein gesetzlicher Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Verfügt die SUVA eine unverhältnismässige Kürzung, verletzt sie KUVG 98 und materiell auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Korrigiert das EVG die Verfügung der SUVA, erscheint das Urteil in den Registern eben unter KUVG 98 und nicht unter dem Stichwort "Verhält-

---

1 Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege S. 151.
2 Vgl. Eggenschwiler Ernst, a.a.O. S. 450 f mit Literaturnachweis.
3 Eggenschwiler Ernst, a.a.O. S. 450; Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege S. 154.

nismässigkeit" (1). Gleiches gilt für die Invalidenversicherung. Zu IVG 7, 10 und 31 sind einige Urteile ergangen, die den Grundsatz der Verhältnismässigkeit unausgesprochen beachten, z.B. EVGE 1962 S. 101:

> "Der Grundsatz, dass bei grobfahrlässiger Herbeiführung des Schadens die Leistungen nur gekürzt werden dürfen, hat sich in der Praxis bewährt und drängt sich als Regel auch auf dem Gebiete der Invalidenversicherung auf... Immerhin erscheint es nicht als ausgeschlossen, in der Invalidenversicherung eine krass grobfahrlässige Herbeiführung der Invalidität im Einzelfalle doch durch gänzlichen Entzug der Geldleistungen zu ahnden (namentlich wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Versicherten eine solche Sanktion als nicht besonders hart erscheinen lassen)" (2).

In EVGE 1960 S. 330 fasst das EVG seine Rechtsprechung zu AlVG 29 zusammen und erklärt, dass die Schwere der Sanktion dem Verschulden entsprechen muss; dabei seien die konkreten Umstände wie Arbeitsmarktverhältnisse und Beruf des Versicherten zu berücksichtigen. Das Verschulden eines Versicherten, der ohne Zusicherung einer neuen Stelle das Arbeitsverhältnis auflöst, ist nicht als schwer, aber auch nicht als leicht zu bezeichnen. (3).

2. Das Urteil EVGE 1968 S. 160

Im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung taucht das Stichwort "Verhältnismässigkeit" in den Registern des EVG erstmals im Jahre 1968 auf; es wird darin auf EVGE 1968 S. 160 verwiesen. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Medardi war durch seinen Arbeitgeber bei der Christlich-sozialen Kranken- und Unfallkasse der Schweiz aufgrund eines Kollektiv-

---

1 Vgl. zur Rechtsprechung Maurer Alfred, Recht und Praxis S. 317 und S. 320 (Kasuistik).
2 Gleiche Ueberlegungen finden sich in EVGE 1962 S. 303 mit Hinweisen auf weitere Urteile.
3 Vgl. auch oben § 13 II Ziff. 2.

versicherungsvertrages für ein Krankengeld von Fr. 25.- pro Tag versichert. Wegen eines Asthma bronchiale wurde er 1966 gänzlich arbeitsunfähig und bezog das Krankengeld. Weil er seinen Wohnort verlassen und im Nachbardorf sein Auto abgeholt habe, verweigerte die Kasse ab 9. Mai 1967 jede weitere Leistung; ferner wurde ihm vorgeworfen, er habe sich am 7. und 19. Juni 1967 in einer Wirtschaft aufgehalten. Die Kasse stützte sich für die Sanktion auf ihre Statuten, wonach arbeitsunfähige Patienten, denen der Ausgang ärztlich bewilligt ist, sich nur mit ausdrücklicher Erlaubnis der hiefür zuständigen Sektionsorgane über die Ortsgrenzen hinausbegeben dürfen... Die Missachtung dieser Vorschrift kann den gänzlichen oder teilweisen Entzug der Kassenleistungen zur Folge haben. Die Statuten verbieten jeden Wirtshausbesuch, bei Zuwiderhandlung können die Leistungen entzogen werden; ebenso erhält keine Versicherungsleistungen, wer im Krankheitsfalle den Anordnungen des Arztes oder der Kassenorgane nicht Folge leistet oder durch sein Verhalten den Krankheitsverlauf ungünstig beeinflusst.

Medardi bestritt seinen Ausgang über die Ortsgrenze und seine Wirtshausbesuche nicht, machte aber geltend, die deswegen ergriffene Sanktion sei im Verhältnis zur Schwere der statutarischen Verletzung unannahmbar; da die Verweigerung der Leistungen dem Ausschluss aus der Kasse praktisch gleichkomme, hätte die in den Statuten für den Ausschluss vorgeschriebene schriftliche Mahnung auch hier erfolgen müssen.

Das EVG befasst sich in seinem Urteil zunächst mit dem Begriff des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Es greift auf die einschlägige deutsche und schweizerische Literatur zurück und leitet daraus ab, dass die Verwaltung das mildeste Mittel wählen muss, das bei vernünftiger Abwägung aller Umstände Erfolg verspricht; das ist die Definition des Uebermassverbotes (1). Es fährt unter

---

1 Vgl. oben § 7 I.

Hinweis auf EVGE 1959 S. 223 fort, dass beim Entzug von Versicherungsleistungen die Sanktion in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Zweck und zum Verschulden des Versicherten stehen muss; das ist die Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit i.e.S. Das EVG verwendet also den Begriff des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit i.w.S. (1). Das EVG gewinnt also den ersten Teil der Definition aus der Literatur und stützt sich für den zweiten Teil auf einen seiner früheren Entscheide und stellt lediglich mit einem Seitenblick fest, dass das Bundesgericht den Grundsatz "namentlich im Bereiche von Art. 31 BV" anwendet (BGE 91 I 464; 93 I 707). Da das EVG in diesem und auch in seinen seitherigen Urteilen vom Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.w.S. ausgeht, unterlässt es richtigerweise die besondere Erwähnung der Notwendigkeit (2).

Das Gericht wirft dann, ohne sie zu beantworten, die Frage auf, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht ein Ausfluss des in BV 4 verankerten Gleichheitssatzes sei (3). Nachdem es feststellt, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Bundesrechtssatz auch im Bundessozialversicherungsrecht gilt, leitet es unnötigerweise die Gültigkeit des Grundsatzes für die Krankenversicherung zusätzlich aus KUVG 3 Abs. 3 ab, der die Krankenkassen verpflichtet, die Versicherung nach den Grundsätzen der Gegenseitigkeit zu betreiben (4).

Das Gericht stellt dann den Grundsatz auf, dass schwere Sanktionen erst nach fruchtloser schriftlicher Mahnung verhängt werden dürfen für verhältnismässig leichte Sanktionen ist keine vorgängige Mahnung erforderlich, hingegen muss der Versicherte zuvor durch Aushändigung der Statuten oder auf andere geeignete Weise darauf aufmerksam gemacht worden sein, welche Pflichten er hat und was für

---

1 Vgl. oben § 7 I.
2 Vgl. oben § 7 I am Ende.
3 Vgl. dazu oben § 7 II Ziff. 1.
4 Vgl. dazu oben § 9 I Ziff. 3.

Sanktionen bei Verstössen möglich sind; fehlt eine derartige Aufklärung, dürfen auch leichte Sanktionen nur nach einer Mahnung ergriffen werden.

Der dauernde Entzug der Versicherungsleistungen ist eine schwerwiegende Massnahme. Medardi hätte deshalb schriftlich gemahnt werden müssen. Da dies nicht der Fall war, ist der Entzug der Leistungen nicht zulässig. Das Gericht erwähnt aber die Möglichkeit einer den Umständen angepassten milderen Sanktion, sofern die Kasse ihren Versicherten durch die Statuten oder auf andere geeignete Weise auf die Folgen vorschriftswidrigen Verhaltens hingewiesen hätte.

3. Die Rechtsprechung seit 1968

Das EVG hat sich in der seitherigen Rechtsprechung stets an den Begriff des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit i.w.S. gehalten; es verzichtet auf unvollständige Wiedergabe oder abweichende Definitionen und begnügt sich jeweils mit einem Hinweis auf EVGE 1968 S. 160 oder auf andere Urteile, die ihrerseits auf diesen grundsätzlichen Entscheid verweisen (1). Seit 1968 ist eine stattliche Anzahl von Entscheiden ergangen, die sich ausdrücklich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen; davon ist etwa ein Drittel in der amtlichen Sammlung veröffentlicht worden (2).

Weitaus der grösste Teil betrifft die Krankenversicherung; der Grund dafür liegt darin, dass das KUVG diesen Versicherungszweig nicht selber abschliessend regelt, sondern den Kassen grösste Freiheit lässt (3); der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist deshalb die geeignete Handhabe, um allzu engen Statutenbestimmungen der Kassen entgegenzutreten.

---

1 Vgl. z.B. EVGE 1968 S. 293; BGE 96 V 1; 97 V 70, 173.
2 Für den Zeitraum 1969 - 1974 sind es dreizehn publizierte Urteile.
3 Das Gesetz begnügt sich mit Minimalvorschriften, darüberhinaus "richten sich die Kassen nach ihrem Gutfinden ein" (KUVG 1 Abs. 2).

Während sich auf dem Gebiet der AHV kein einziges Urteil mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit befasst, ergingen gestützt auf IVG 7, 10 und 31 mehrere Entscheide; sie betreffen das Mass der Kürzung und die Zumutbarkeit.

In der Arbeitslosenversicherung, in der die Zumutbarkeit ebenfalls eine grosse Rolle spielt, befassen sich lediglich drei Urteile mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit; die geringe Zahl dürfte auf den Mangel an Versicherungsfällen in wirtschaftlicher Blütezeit zurückzuführen sein.

Ueber den Inhalt der Urteile gibt die Kasuistik Auskunft. Sie ist nach der Art der Sanktion gegliedert.

4. Die Androhung der Sanktion

Das EVG fordert grundsätzlich, dass schwere Sanktionen, zu denen der Ausschluss von der Versicherung und der Leistungsentzug zu rechnen sind, erst nach fruchtloser schriftlicher Mahnung verhängt werden (1). Durch das schriftliche Mahnverfahren wird bezweckt, dem Versicherten die Folgen seines Verhaltens mit aller Deutlichkeit vor Augen zu führen und ihm eine angemessene Ueberlegungsfrist einzuräumen (2). Wird dieses Mahnverfahren nicht durchgeführt, ist die verhängte Sanktion ungültig, unabhängig davon, ob sie im Einzelfall angemessen ist oder nicht (3); eine in einem laufenden Verfahren vom Richter ausgesprochene mündliche Mahnung wird dem schriftlichen Mahnverfahren gleichgestellt (4).

Es gibt Fälle, in denen eine vorgängige Mahnung im erwähnten Sinn der Natur der Sache nach nicht möglich ist, z.B. bei einer Ver-

---

1 EVGE 1959 S. 223, 1968 S. 164.
2 EVGE 1968 S. 293; 165; 1964 S. 33; Urteil vom 14.2.1973 i.S. Fischer; BGE 96 V 3.
3 EVGE 1964 S. 32 E. 3; 1967 S. 33 E. 1; Urteile vom 2.9.1966 i.S. Gillet; 13.11.1969 i.S. Binzegger; 29.10.1970 i.S. Besson
4 Urteil vom 27.6.1966 i.S. Magnenat.

letzung der Anzeigepflicht im Gesuch zur Aufnahme in eine Kasse; dennoch ist auch in diesen Fällen dem Gedanken der Mahnung Rechnung zu tragen, indem der Aufnahmebewerber bereits auf dem Beitrittsformular an einer gut sichtbaren Stelle mit einem ausdrücklichen, von den anderen Bestimmungen deutlich abgehobenen Hinweis auf die möglichen Folgen einer Anzeigepflichtverletzung aufmerksam gemacht wird (1). Nicht notwendig ist eine vorgängige Mahnung dann, wenn das zu beanstandende Verhalten so schwerwiegend ist, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Sanktion auch ohne Mahnung als angemessen erscheint (2). Ebenfalls ist keine Mahnung notwendig, wenn der Sozialversicherungsträger es ablehnt, eine Leistung wegen dem renitenten Verhalten des Versicherten überhaupt zuzusprechen: hier hat es der Versicherte selbst in der Hand, bei besserer Einsicht den in Frage stehenden Anspruch erneut geltend zu machen (3).

Leichtere Sanktionen, etwa die Kürzung der Leistungen oder statutarische Ordnungsbussen, müssen nicht vorgängig angedroht werden. Jedoch ist für solche Fälle zu fordern, dass der Versicherte zuvor durch Aushändigung der Statuten oder auf andere geeignete Weise darauf aufmerksam gemacht wurde, welche Pflichten er hat und was ihm bei deren Verletzung droht (4).

Hat der Sozialversicherungsträger einen Grund für die Verhängung einer Sanktion festgestellt, so muss er davon in angemessener Frist Gebrauch machen, denn er darf den Versicherten nicht für unbestimmte Zeit der Gefahr einer Sanktion aussetzen (5). Im Bestreben, auf dem Gebiet des Bundesrechts wenn möglich alle rechtlichen Folgen einer Rechtsverletzung den gleichen Verjährungsvorschriften zu unterstellen, entschied das EVG, dass das Recht zur Vornahme von Disziplinarmassnahmen in einem Jahr seit Kenntnis

---

1 BGE 96 V 3 E. 2 c.
2 EVGE 1960 S. 165; BGE 96 V 4.
3 EVGE 1964 S. 33.
4 EVGE 1968 S. 165, S. 294.
5 EVGE 1969 S. 5; Urteil vom 24.9.1971 i.S. Voléry.

der Rechtsverletzung verjährt, spätestens in fünf Jahren seit der rechtswidrigen Handlung (1).

III. Kasuistik

1. Der Ausschluss von der Versicherung

a) Der Ausschluss verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht,

- wenn der Versicherte seine Anzeigepflicht verletzt, indem er auf dem Anmeldeformular falsche Angaben macht; Voraussetzung ist, dass diese Sanktion in den Statuten vorgesehen ist: Urteil vom 1.10..969 i.S. Pagliochini (Krankenversicherung).
- wenn der Versicherte gleichzeitig noch bei einer andern Kasse versichert ist (Doppelmitgliedschaft) und bestehende Krankheiten verschweigt; es darf nicht ins Ermessen des Versicherten gelegt werden, welche Krankheiten und Leiden er der Kasse angeben will (2); eine vorgängige Mahnung war bei der Schwere des Verschuldens weder erforderlich noch denkbar (3): Urteil vom 14.10.1970 i.S. Stämpfli (Krankenversicherung).
- wenn die Krankenkassen, die auch gegen Unfall versichern, ausserordentliche Risiken und Wagnisse im Sinne von KUVG 67 Abs. 3 in ihren Statuten generell von der Versicherungsdekkung ausschliessen; sofern die Statuten aber "schweres Selbstverschulden" ebenfalls grundsätzlich ausschliessen, verstossen sie gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (4): BGE 98 V 8 (Krankenversicherung).

---

1 Urteil vom 12.12.1969 i.S. Dadò.
2 Vgl. auch EVGE 1969 S. 5 ff.
3 Vgl. EVGE 1968 S. 165 E. 3 c in fine; Urteil vom 29.12.1967 i.S. Répond.
4 Vgl. auch BGE 98 V 144 = Pra 61 Nr. 205.

b) Der Ausschluss verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit,
- wenn der Versicherte die ihm vom Arzt direkt zugestellte Rechnung nur zur Hälfte bezahlt und sich von der Krankenkasse anfänglich den ganzen Betrag vergüten lässt (sog. System des tiers garant), die Differenz dann aber zurückerstattet; der Versicherte bezog Medikamente ohne ärztliche Verordnung, auch das rechtfertigt keinen Ausschluss, sondern höchstens Verweigerung der Kostenübernahme: Urteil vom 8.8.19 8.8.1973 i.S. Marchand (Krankenversicherung).
- wenn er nicht fruchtlos angedroht worden ist (die Versicherte verweigerte einen von der Kasse verlangten ärztlichen Untersuch): Urteil vom 29.10.1970 i.S. Besson (Krankenversicherung).
- wenn der Versicherte als medizinischer Laie auf die summarische und abstrakte Frage der Krankenkasse im Anmeldeformular nach seinem Gesundheitszustand anginöse Herzbeschwerden, Hypertonie und leichte Linksinsuffizienz nicht angibt, weil der Arzt ihm gegenüber von nervösen Störungen und erhöhtem Blutdruck gesprochen hat: BGE 96 V 1 (Krankenversicherung).

2. Der Entzug der Versicherungsleistungen

a) Der Entzug verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht,
- wenn der Versicherte sich weigert, sich vom Arzt weiterbehandeln zu lassen; die Sanktion muss dem Versicherten schriftlich angedroht worden sein, die Anordnung der Weiterbehandlung muss dem Gesetz entsprechen und den Verhältnissen angemessen sein und die Weigerung des Versicherten muss unentschuldbar sein: EVGE 1959 S. 221 (Unfallversicherung).
- wenn der Versicherte sich weigert, sich einer zweckmässigen Abklärungsmassnahme (1) zu unterziehen; Voraussetzung ist,

---

1 Die Abklärungsmassnahmen sind den Eingliederungsmassnahmen gleichgestellt, sofern es nicht nur darum geht, den Grad der Invalidität festzustellen, BGE 97 V 176.

dass er zuvor durch schriftliche Mahnung und unter Einräumung einer angemessenen Ueberlegungsfrist auf die gesetzlichen Folgen (IVG 10 bzw. 31) seiner Weigerung aufmerksam gemacht worden ist (1): EVGE 1967 S. 33 (Invalidenversicherung).

- wenn der Versicherte sich bei der Kasse als vollständig arbeitsunfähig meldet, als Handelsreisender aber trotzdem Kunden besucht; auch die bloss versuchte Bereicherung zum Nachteil der Kasse rechtfertigt den Entzug der Leistungen: EVGE 1967 S. 139 (Krankenversicherung).
- wenn der Versicherte erst mehr als drei Jahre nach dem Unfall und mehrere Monate nach Abschluss der Behandlung der Kasse die Meldung erstattet und mit einem Drittversicherer ohne Zustimmung der Kasse einen Vergleich abschliesst und dadurch die Rechte und die Kontrollmöglichkeit der Kasse beschränkt (2); aus dem Urteil geht nicht hervor, ob jeder einzelne Verstoss oder die Summe der begangenen Fehler den Entzug der Versicherungsleistungen rechtfertigt: BGE 97 V 70 = Pra 60 Nr. 160 (Krankenversicherung).
- wenn die bei einer andern Kasse rückversicherte Krankenkasse es schuldhafterweise unterlässt, einen Rückfall eines ihrer Versicherten reglementgemäss der Rückversicherungskasse zu melden (3). Der Entzug der Leistungen ist eine schwere Sanktion und muss vorgängig angedroht werden; in diesem Fall war eine Mahnung der Natur der Sache nach nicht möglich, trotzdem ist dem Gedanken der Mahnung insofern Rechnung zu tragen, dass der Versicherte auf die ihm obliegenden Pflichten aufmerksam gemacht worden ist. Im Urteilsrubrum heisst es, der

---

1 Ebenso BGE 96 V 99.

2 Bezüglich Vergleich mit einem Dritthaftpflichtigen vgl. auch BGE 99 V 1 = Pra 63 Nr. 21; in diesem Urteil wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit allerdings nicht ausdrücklich erwähnt.

3 Der Kranke erhielt die ihm zustehenden Leistungen vollständig; hier geht es um das Verhältnis seiner Kasse zu der Rückversicherungskasse.

Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei hier nicht anwendbar. Aus dem Urteilstext geht aber hervor, dass das Gericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit anwendet, indem es das Verschulden der rückversicherten Kasse als nicht gering und deshalb als sanktionswürdig betrachtet, das Mass der Sanktion - Leistungsentzug - "ne saurait constituer une violation du principe de la proportionalité": BGE 99 V 129 = Pra 63 Nr. 155 (Krankenversicherung).

- wenn der Versicherte, der wegen einer Verletzung des Bewegungsapparates vollständig arbeitsunfähig ist, Motorrad fährt: Urteil vom 7.6.1967 i.S. Giannetta (Krankenversicherung).
- wenn die SUVA bei einem älteren Neurotiker einen schwierigen Eingriff (nach luxatio coxae) verweigert: Urteil vom 2.11.1966 i.S. Keller (Unfallversicherung).
- wenn der Versicherte einen zumutbaren Berufswechsel ablehnt, vorausgesetzt, dass mit dem Berufswechsel die Erwerbsfähigkeit wesentlich verbessert worden wäre (1): Urteil vom 29.3.1973 i.S. Mäder (Invalidenversicherung).

b) Der Entzug verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit,

- wenn die Kasse ihn verfügt, nur weil der Versicherte invalid geworden ist; auch eine Kürzung kommt nicht in Frage. Dem Anrecht des Versicherten, Krankengeld während 720 Tagen innert 900 aufeinanderfolgenden Tagen zu beziehen, steht seine Invalidität nicht entgegen, einzig das Ueberversicherungsverbot: EVGE 1966 S. 193 (Krankenversicherung).
- wenn er verfügt wird, weil sich der Versicherte während seiner Arbeitsunfähigkeit in ein Wirtshaus begeben hat (2): EVGE 1968 S. 160 (Krankenversicherung).

---

1 Vgl.auch EVGE 1964 S. 28, wonach eine Eingliederungsmassnahme einem Versicherten nicht aufgezwungen werden darf, wenn dadurch die Rentenhöhe voraussichtlich nicht beeinflusst wird.

2 Ein weiterer "Wirtshausfall" findet sich in EVGE 1967 S. 57.

- wenn die Kasse ihn verfügt, weil die Meldepflicht verletzt wurde, die Verletzung nach den Umständen aber entschuldbar ist: wegen Debilität ist der alleinstehende Versicherte verbeiratet und war selbst nicht fähig, die Krankmeldung zu erstatten; die statutarische Pflicht der Angehörigen und des gesetzlichen Vertreters zur Krankmeldung obliegt dem Beirat nicht, denn er ist im Gegensatz zum Vormund nicht gesetzlicher Vertreter: Urteil vom 11.4.1973 i.S. Flütsch (Krankenversicherung).
- wenn er in den Statuten generell vorgesehen ist für grob schuldhaftes Herbeiführen des Versicherungsfalles (Alkoholismus); da für die Krankenversicherung eine entsprechende gesetzliche Vorschrift fehlt, sind KUVG 98, IVG 7 und AHVG 18 als Ausflüsse eines allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Grundsatzes analogieweise heranzuziehen (1): EVGE 1969 S. 11 (Krankenversicherung).
- wenn er wegen eines Unfalls beim Führen eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand verfügt wird. Das Verhalten des Versicherten ist eine grobe Fahrlässigkeit und rechtfertigt in Anlehnung an die Rechtsprechung zu KUVG 98 lediglich eine Kürzung der Versicherungsleistungen: Urteil vom 13.5.1970 i.S. Mettler (Krankenversicherung).
- wenn er verfügt wird, weil der Versicherte einen grob selbstverschuldeten Verkehrsunfall erlitt; die Leistungen dürfen nicht entzogen, sondern höchstens gekürzt werden: Urteil vom 6.8.1969 i.S. Krebs (Krankenversicherung).

3. Die Kürzung der Leistungen

a) Die Kürzung verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht,
   - wenn sie verfügt wird, weil der Versicherte grobfahrlässig einen Verkehrsunfall verursacht, indem er mit seinem Klein-

---

1 Vgl. oben § 9 II. Ziff. 3 N 2.

motorrad auf einer kurvenreichen Strasse auf die linke Seite gerät und mit einem aus der Gegenrichtung kommenden Auto zusammenstösst. Die Versicherungsleistungen sind in der Regel dauernd und nicht nur vorübergehend zu kürzen: EVGE 1967 S. 94 (Invalidenversicherung).

- wenn der Versicherte seine Invalidität grobfahrlässig herbeiführt, indem er übermässig Alkohol konsumiert. Der Kürzungstatbestand von IVG 7 Abs. 1 ist erfüllt, wenn das grobfahrlässige Verhalten mit der Invalidität adäquat zusammenhängt, gleichgültig, ob jenes Verhalten die einzig relevante oder bloss Teilursache ist: BGE 97 V 229 (Invalidenversicherung).
- wenn der Versicherte seine Invalidität grobfahrlässig herbeigeführt hat. Mit der Kürzung soll verhütet werden, dass die IV über Gebühr mit Schäden belastet wird, welche die Leistungsansprecher hätten vermeiden können, wenn sie die ihnen zumutbare Sorgfalt angewendet hätten. Die Leistungen werden in der Regel dauernd gekürzt (Hinweis auf EVGE 1967 S. 98), in Ausnahmefällen ist von dieser Regel abzuweichen; das heisst, dass die Kürzung grundsätzlich so lange währen soll, als die Kausalität des Verschuldens nachwirkt: BGE 99 V 31 (Invalidenversicherung).
- wenn der Versicherte, der Leistungen der Arbeitslosenversicherung beansprucht, bei der Arbeitssuche unzulässige Forderungen stellt; er ist der Schwere seines Verschuldens entsprechend vorübergehend in der Anspruchsberechtigung einzustellen: Urteil vom 14.4.1969 i.S. Parlier (Arbeitslosenversicherung).
- wenn ein gegen Arbeitslosigkeit Versicherter eine zumutbare Arbeit ablehnt; einem Koch darf eine Tätigkeit als Magaziner zugemutet werden (1): Urteil vom 1.10.1968 i.S. Niederberger (Arbeitslosenversicherung).

---

1 Ebenso das Urteil vom 30.9.1969 i.S. Astruc.

- wenn sie verfügt wird, weil der Versicherte einen Verkehrsunfall selbst verschuldet (das Verschulden muss grob sein): Urteil vom 6.8.1969 i.S. Krebs (Krankenversicherung).
- wenn der Versicherte einen Verkehrsunfall in angetrunkenem Zustand verursacht; eine Kürzung von 50 % ist angemessen: Urteil vom 13.5.1970 i.S. Mettler (Krankenversicherung).

b) Die Kürzung verletzt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit,
- wenn der vollständig arbeitsunfähige Versicherte die Kassenstatuten, die im Winter Ausgänge nach 17 Uhr verbieten, verletzt, indem er sich nach 23 Uhr in einem Wirtshaus aufhält und dieses Verhalten die Krankheit nicht ungünstig beeinflusst; nur eine Ordnungsbusse ist dem Verschulden angemessen: EVGE 1967 S. 57 (Krankenversicherung).
- wenn der Versicherte mit der Prämienzahlung unverschuldet im Rückstand ist: EVGE 1967 S. 117 (Arbeitslosenversicherung)
- wenn der Versicherte seine Invalidität nicht grobfahrlässig verursacht hat. Bei Alkoholmissbrauch ist grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, wenn der Invalide bei der ihm angesichts seines Bildungsgrades zumutbaren pflichtgemässen Sorgfalt rechtzeitig hätte erkennen können, dass jahrelanger Missbrauch alkoholischer Getränke die Gefahr schwerer Gesundheitsschädigung in sich birgt, und wenn er imstande gewesen wäre, entsprechend dieser Einsicht sich des übermässigen Alkoholkonsums zu enthalten (Hinweis auf EVGE 1968 S. 280). Grobfahrlässiges Verhalten liegt deshalb nicht vor, wenn ein Versicherter wegen eines Unfalls dauernd starke Schmerzen hat, an einer schweren Psychoneurose leidet und deshalb dem Alkoholismus verfällt; dazu kommt noch eine besondere Gefährdung durch den Wirteberuf: Urteil vom 16.2.1972 i.S. Woodtli = Pra 61 Nr. 178 (Invalidenversicherung).

* * *

§ 16 Ergebnisse

1. Sozialpolitik ist der Inbegriff der Bestrebungen und Massnahmen, die darauf gerichtet sind, die Verteilung des Sozialprodukts und die Stellung der sozialen Schichten untereinander zu ändern, um soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen.

2. Das Sozialrecht ist das gesetzgeberische Resultat der Sozialpolitik. Zum Sozialrecht gehören das Arbeitsrecht, das Recht der sozialen Sicherheit und die "übrige Sozialgesetzgebung".

3. Das Recht der sozialen Sicherheit umfasst die Sozialversicherung, die Fürsorge und die Versorgung.

4. Zur Sozialversicherung gehören die soziale Krankenversicherung, die obligatorische Unfallversicherung, die Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Invalidenversicherung und die Arbeitslosenversicherung.

5. Die Sozialversicherung ist Teil der öffentlich-rechtlichen Versicherung und befasst sich mit der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit oder Verminderung des Erwerbseinkommens natürlicher Personen. Das Bundessozialversicherungsrecht ist formell und materiell Verwaltungsrecht.

6. Allgemeine Rechtsgrundsätze, zu denen auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gehört, gelten als geschriebenes oder ungeschriebenes Verfassungsrecht und sind deshalb auch im Sozialversicherungsrecht zu beachten. Trotz ihres Verfassungsrangs müssen sie vor dem Primat des Gesetzes zurücktreten, sie gelten nur subsidiär. Sie können nur angewendet werden, wenn das im Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend vorgesehen ist oder wenn im Gesetz eine echte Lücke vorliegt.

7. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bedeutet, dass ein staatlicher Eingriff verhältnismässig ist, wenn er vom Einzelnen nicht mehr als das unbedingt Notwendige verlangt und das notwendige Opfer des Einzelnen in einem vernünftigen Verhältnis steht zu dem im öffentlichen Interesse angestrebten Nutzen; er schliesst das Uebermassverbot oder die sog. Notwendigkeit in sich ein.

8. Der Gesetzgeber kann den Grundsatz der Verhältnismässigkeit selbst verwirklichen, indem er für einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht; er kann die sog. Enumerationsmethode wählen und der Verwaltung die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen überlassen; schliesslich kann er sich einer Generalklausel bedienen und der Verwaltung das Erforderliche überlassen. Die Enumeration und die Generalklausel verpflichten die Verwaltung, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; verwirklicht der Gesetzgeber den Grundsatz selbst, muss er ihn von Verfassungs wegen beachten.

9. Das Bundesgericht hat mindestens seit Anfang dieses Jahrhunderts den Grundsatz der Verhältnismässigkeit - wenn auch nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach - angewendet. Trotz unterschiedlicher Definitionen wendet es den Grundsatz regelmässig in seiner weiteren Bedeutung an, also unter Einschluss der sog. Notwendigkeit oder des Uebermassverbotes. Das Bundesgericht wendet heute den Grundsatz auf allen Gebieten der Rechtsordnung an. Es unterliess es bis heute, sich mit der Rechtsprechung des EVG auseinanderzusetzen.

10. Das EVG wendet den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausdrücklich erstmals in EVGE 1968 S. 160 an. Aber wie schon das Bundesgericht, wendet ihn auch das EVG seit Jahrzehnten an, beispielsweise beruht die Kürzungspraxis der SUVA nach

KUVG 98 Abs. 3 und die entsprechende Judikatur auf dem Grundsatz. Das EVG legt seinem Entscheid EVGE 1968 S. 160 - und zwar nicht sehr deutlich - die Definition des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit i.w.S. zugrunde und begnügt sich in den seitherigen Urteilen mit einem Verweis darauf; eine bewusste Koordination mit der Praxis des Bundesgerichts ist nicht ersichtlich.

Aus der Rechtsprechung des EVG zum Grundsatz lassen sich einige allgemeine Lehren ziehen. Schwere Sanktionen wie Ausschluss von der Versicherung und Leistungsentzug sind erst nach fruchtloser schriftlicher Mahnung zulässig; wenn eine vorgängige Mahnung der Natur der Sache nach nicht möglich ist, muss der Versicherte durch die Statuten oder auf andere geeignete Weise auf die Folgen schweren Verschuldens hingewiesen worden sein.

Das Recht zur Verhängung von Sanktionen unterliegt der Verjährung, und zwar nach Ablauf eines Jahres vom Zeitpunkt an, an welchem der Versicherungsträger von der rechtswidrigen Handlung Kenntnis erhielt oder davon hätte Kenntnis nehmen können, in jedem Fall aber in fünf Jahren seit der rechtswidrigen Handlung.

Von besonderer Bedeutung ist die Rechtsprechung des EVG für die Krankenversicherung: die Kassen sind nach KUVG 1 Abs. 2 Satz 2 autonom und die in der Folge erlassenen Statuten und Reglemente müssen von der Aufsichtsbehörde genehmigt sein; einige statutarische Bestimmungen über Sanktionen schuldhaften Verhaltens werden durch die Judikatur des EVG praktisch aufgehoben oder sind nur noch stark beschränkt anwendbar; dies kann als eine Beschneidung der Autonomie der Kassen aufgefasst werden. Vom Standpunkt des Versicherten aus ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein geeignetes Mittel, sich gegen Verfügungen der Versicherungsträger zur Wehr zu setzen, die, statuten- und scheinbar gesetzeskonform, seine Interessen ungebührlich vernachlässigen.